



UNIVERSITETET I OSLO
DET JURIDISKE FAKULTET

BARNEFORDELING = KINDESZUTEILUNG?



En sammenligning av norsk og tysk rett i barnefordelingssaker.

Kandidatnr: 130

Veileder: Cathrine A. Furre

Leveringsfrist: 10. november 2006

Høst 2006

Til sammen 27 922 ord

5. november 200

Innholdsfortegnelse

<u>1.</u>	<u>Innledning</u>	<u>4</u>
1.1	Avhandlingens tema og avgrensninger	4
1.2	Bruk av rettskilder	4
1.1.1	Lover	4
1.1.2	Forarbeid	5
1.1.3	Rettspraksis	5
1.1.4	Juridisk litteratur	6
1.1.5	Internasjonale konvensjoner	6
1.2	Videre fremstilling	7
<u>2.</u>	<u>Noen generelle, men grunnleggende utgangspunkter</u>	<u>8</u>
2.1	Statsoppbygningen i Tyskland	8
2.1.1	Generelt	8
2.1.2	Parlamentet	8
2.1.3	Delstater	9
2.1.4	Domstolsorganisasjon	9
2.2	Lovens formål	11
2.3	Tysk lovsystematikk	12
<u>3.</u>	<u>Rettsregler om barnefordeling</u>	<u>14</u>
3.1	Generelt	14
3.2	Materielle regler	14
3.2.1	Barnets medbestemmelsesrett	15
3.2.2	Barnets selvbestemmelsesrett	16
3.2.3	Foreldreansvar	17
3.2.3.1	Foreldreansvarets innhold	17
3.2.3.2	Hvem har foreldreansvaret?	19
3.2.4	Barnets faste bosted	21
3.2.4.1	Hvor skal barnet bo fast?	21
3.2.4.2	Bostedsforelderens avgjørelsesmyndighet	23
3.2.5	Samværsrett	24
3.2.5.1	Hvem har samværsrett?	24
3.2.5.2	Samværsrettens innhold	26
3.2.5.3	Samværsrettens omfang og gjennomføring	27
<u>4.</u>	<u>Rettsavgjørelser i barnefordelingssaker</u>	<u>30</u>
4.1	Generelt	30
4.2	Saksbehandlingsregler	30
4.2.1	Mekling	31
4.3	Materielle regler	33
4.3.1	Generelt	33
4.3.2	Avgjørelse om foreldreansvar	34
4.3.3	Avgjørelse om hvor barnet skal bo fast	34

4.3.3.1	Momenter i barnets beste vurdering.....	35
4.3.4	Avgjørelser om samværsretten.....	43
4.3.4.1	Samvær eller ikke samvær?	43
4.3.4.2	Samværsrettens omfang	46
4.3.5	Andre relevante hensyn ved siden av barnets beste	47
<u>5.</u>	<u>Rettsregler om Elterliche Sorge og Umgangsregelung.....</u>	<u>49</u>
5.1	Generelt	49
5.2	Materielle regler	49
5.2.1	Barnets medbestemmelsesrett	50
5.2.2	Foreldreansvaret (Elterliche Sorge)	51
5.2.2.1	Foreldreansvarets innhold	51
5.2.2.2	Hvem har foreldreansvaret?	53
5.2.3	Barnets faste bosted	56
5.2.3.1	Hvor skal barnet bo fast? (Aufenthaltsbestimmungsrecht).....	56
5.2.3.2	Bostedsforelderens avgjørelsesmyndighet	57
5.2.4	Samværsrett (Umgangsrecht).....	58
5.2.4.1	Hvem har samværsrett?.....	58
5.2.4.2	Samværsrettens innhold	60
5.2.4.3	Samværsrettens omfang og gjennomføring	60
<u>6.</u>	<u>Gerichtsentscheidungen om barnefordelingen.....</u>	<u>62</u>
6.1	Generelt	62
6.2	Saksbehandlingsregler	62
6.3	Materielle regler	64
6.3.1	Generelt	64
6.3.2	Avgjørelser om foreldreansvar (Elterliche Sorge)	64
6.3.2.1	Barnets beste vurdering i forbindelse med opphevelsen av felles foreldreansvar ...	66
6.3.2.2	Momenter i barnets beste vurdering ved overdragelse til aleneforeldreansvar.....	68
6.3.3	Avgjørelser om barnets faste bosted (Wohnortbestimmungsrecht)	73
6.3.4	Avgjørelser om samværsretten (Umgangsrecht).....	73
6.3.4.1	Samvær eller ikke samvær?	74
6.3.4.2	Samværsrettens omfang og gjennomføring	75
6.3.5	Andre relevante hensyn i tillegg til barnets beste	76
<u>7.</u>	<u>Avslutning</u>	<u>78</u>
7.1	Sammenligning og vurdering	78
7.1.1	Generelt	78
7.1.2	Saksbehandlingsregler	78
7.1.3	Barnets med- og selvbestemmelsesrett	79
7.1.4	Foreldreansvar	81
7.1.5	Barnets faste bosted	84
7.1.6	Samværsretten	85
7.1.7	Barnets beste vurdering.....	85
7.1.8	Rettskildesituasjonen i begge land	87

<u>8.</u>	<u>Register</u>	<u>89</u>
8.1	Lover	89
8.1.1	Norske Lover.....	89
8.1.2	Tyske Lover	89
8.2	Forarbeider	89
8.2.1	Til norske lover	89
8.2.2	Til tyske lover	90
8.3	Domsregister	90
8.3.1	Norsk rettspraksis.....	90
8.3.2	Tysk rettspraksis	91
8.4	Litteraturliste	93
8.4.1	Om norsk barnerett.....	93
8.4.2	Om tysk Kindschaftsrecht.....	94
8.5	Internetthenvisninger.....	95
<u>9.</u>	<u>Vedlegg</u>	<u>96</u>
	Vedlegg 1	96
	Vedlegg 2	96
	Vedlegg 3	97
	Vedlegg 4	98
	Vedlegg 5	99

1. Innledning

1.1 Avhandlingens tema og avgrensninger

Denne avhandlingen sammenligner barnerettslige regler i Norge og i Tyskland.

Innenfor barneretten finnes så vel privatrettlige som offentligrettslige regler. Det er imidlertid bare den privatrettslige delen av barneretten, det vil si forholdet mellom foreldre og barn, som er gjenstand for oppgaven. Følgelig avgrenses det mot barnevernrettslige regler.

Det finnes mange ulike sider ved forholdet mellom barn og foreldre. Oppgaven begrenser seg til å behandle rettsreglene i forbindelse med foreldreansvar, barnets faste bosted og samværsrett med barnet. Slike avgjørelser kalles barnefordelingsaker. De økonomiske reglene i denne sammenheng er svært ulike mellom landene. Med hensyn til oppgavens omfang behandles derfor ikke reglene om økonomiske forhold, som for eksempel bidragsregler, i avhandlingen.

1.2 Bruk av rettskilder

1.1.1 Lover

Avhandlingen er en sammenlikningsoppgave mellom norske og tyske rettsregler om barnefordeling. Dette innebærer at oppgaven først og fremst dreier seg om å gjøre rede for, analysere og sammenlikne barnerettslige lovtekster fra de to land.

De norske barnefordelingsregler er lovfestet i lov om barn og foreldre (barnelova) av 8. april 1981 nr.7 (heretter bl). De materielle reglene om barnefordeling finnes i bl kapittel 5 og kapittel 6, mens kapittel 7 omhandler spesielle saksbehandlingsregler i slike saker.

I Tyskland finnes ikke noe egen barnelov. Barnerettslige regler befinner seg derimot i Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) 4. bok som omhandler hele familieretten. Reglene om

barnefordeling finnes i kapittel 5. Elterliche Sorge¹, som også omhandler barnevernrettslige og økonomiske regler.

1.1.2 Forarbeid

I norske forarbeider gis veiledning om hvilke momenter som kan være relevante i barnefordelingssaker, og hvordan de skal vektlegges. Forarbeidene til barneloven finnes først og fremst i NOU 1977:35 (Barnelovutvalget), NOU 1998:17 (Barnefordelingssaker) også kalt barneprosessutvalget, Ot.prp. nr.62 (79/80), Ot.prp. nr.56 (96/97), og Innst.O. nr.30 (80/81).

Forarbeidene til tyske barnerettslige regler inneholder lovgiverens begrunnelse for reglene. Det er først og fremst regjeringsforslaget til Kindschaftsrechtsreformgesetz² (BT-Drs.13/4899) som brukes i oppgaven.

1.1.3 Rettspraksis

Både i Norge og Tyskland er rettspraksis i barnefordelingsaker utpreget skjønnsmessig, da slike rettsavgjørelser alltid skal avgjøres på bakgrunn av en helt konkret helhetsvurdering. Forfatningsdomstolen i Tyskland har blant annet uttalt at barnets beste må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle.³ Med andre ord retten må finne frem til det som vil være best for det enkelte barn i fremtiden. Som følge av det er rettsavgjørelsenes prejudikatsvirkning mindre enn på andre rettsområder. Dette blir understreket av Norges Høyesterett som har uttalt at *"[s]aken er fra den ankende parts side betegnet som en prinsippsak. Til dette skal jeg bemerke at det vanskelig lar seg gjøre å stille opp generelle prinsipper for avgjørelsen av saker av denne karakter; det enkelte barns situasjon har krav på en helt konkret vurdering."*⁴

Men argumenter som brukes av domstolene i slike saker kan angi visse retningslinjer for vurderingen av barnets beste i barnefordelingssaker. Det er blant annet gjennom rettspraksis oppstilt noen kriterier som viser hvilke momenter som er relevante og skal tas i betraktning, og hvordan de vektlegges i forhold til hverandre. I barnefordelingssaker

¹ Elterliche Sorge betyr foreldreansvar. Selv om kapitlet kalles foreldreansvar omhandler det også reglene om barnets faste bosted og samværsretten. Se nærmere om ulikhetene mellom norsk og tysk lovsystematikk nedenfor i kapittel 2 under punkt ...

² Er navnet på den store tyske barnerettsreformen i 1998.

³ Jf. BVerfG NJW 1993, 2671

⁴ Jf. Rt.1987.598

brukes rettspraksis først og fremst som en rettskilde, i stedet for rettsavgjørelser som domstolene er bundet av.⁵

1.1.4 Juridisk litteratur

Det faktum at barnefordelingssaker er meget skjønnspreget bidrar til at juridisk teori kan få noe større betydning som rettskildefaktor enn på andre rettsområder. Rettslig teori gir veiledning i forhold til hvilke momenter som er relevante og hvordan de bør vektlegges. Nettopp fordi rettspraksis har så begrenset verdi, vil juridisk teori ha noe mer betydning på barnerettens område enn ellers.⁶

1.1.5 Internasjonale konvensjoner

De viktigste folkerettslige bestemmelsene av betydning for forholdet mellom barn og foreldre er den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) og FNs barnekonvensjon.

I Norge er både EMK og FNs barnekonvensjon blitt inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven av 21. juli 1999 nr.30 (mrl) § 2, dog kom inkorporasjonen av FNs barnerettskonvensjon først ved endring av menneskerettighetsloven i 2003. Dermed gis konvensjonene status som norsk lov, og skal gå foran annen norsk lov i tilfelle motstrid, jf. lovens § 3. Det antas at norsk rett i hovedsak er i overensstemmelse med konvensjonene, for å unngå at forrangsspørsmålet settes på spissen. I tilfeller hvor barneloven skulle gi en svakere beskyttelse enn konvensjonene, vil disse være utfyllende, slik at barneloven måtte forstås i takt med den internasjonale dynamiske utviklingen av konvensjonene.

Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD) håndhever rettighetene etter EMK, jf. art. 41, følgelig vil EMDs tolkning av bestemmelsene være av stor betydning for norske domstoler ved anvendelsen av konvensjonen. Når det gjelder håndhevingen av FNs barnekonvensjon så finnes det ingen internasjonal barnerettsdomstol som påser etterlevelse. I stedet rapporterer de enkelte statene til FNs ekspertkomité hvert femte år, jf. art. 44.

I likhet med Norge har også Tyskland ratifisert EMK og FNs barnekonvensjon. Begge land har undertegnet konvensjonene, og burde i utgangspunktet ha samme lovgivning på

⁵ Se Smith og Lødrup (2004) s.115

⁶ For en oversikt over bruk av rettsteori som kilde forvises det til fotnotene og litteraturlisten.

barnerettens område. Hele poenget med internasjonale konvensjoner, er at reglene skal være universelle og bygge på likhetshensyn. I en slik globalisert verden som i dag er det viktig med forutsigbarhet for både foreldrene og barn i forhold til hvilke rettigheter en har uansett hvor en bosetter seg. Men konvensjonenes ordlyd er vage, siden den må tilpasses forskjellige kulturer for å kunne gjelde overalt i verden. Dessuten regulerer konvensjonen ikke hele barnefordelingsprosessen, slik at den enkelte stats nasjonale lovgivning må utfylle de internasjonale reglene. Dermed er det rom for forskjeller i den barnerettslige lovgivningen mellom landene.

1.2 Videre fremstilling

For å kunne sammenlikne norske og tyske barnefordelingsregler, må jeg gå inn på grunnleggende forskjeller i juridisk sammenheng (kapittel 2). Deretter behandler jeg først rettsreglene om barnefordeling i Norge (Kapittel 3), så i Tyskland (Kapittel 5). Selv om alle domsavgjørelser i barnefordelingssaker skal bygge på en individuell helhetsvurdering, er det likevel noen prinsipper og retningslinjer som ligger til grunn, og som behandles særskilt i Kapittel 4 og 6. Avslutningsvis sammenlikner og vurderer jeg reglene i begge land (kapittel 7).

2. Noen generelle, men grunnleggende utgangspunkter

2.1 Statsoppbygningen i Tyskland

2.1.1 Generelt

I likhet med USA er Tyskland en forbundsstat.⁷ Men i motsetning til den amerikanske har den tyske presidenten⁸, som øverste statsoverhode, bare en symbolsk rolle, slik som kongen har i Norge. Selv om den norske regjeringens overhode er statsministeren, mens den tyske derimot kalles kansler⁹, har de samme oppgaver og begrensninger.

Både det norske og det tyske statssystem bygger på maktfordelingsprinsippet, derfor legges også i Tyskland¹⁰ den lovgivende¹¹, den dømmende¹² og den utøvende makt¹³ til tre forskjellige statsorganer.

2.1.2 Parlamentet

Den tyske stat bygger på folkesuverenitetsprinsippet¹⁴ som innebærer at parlamentet blir valgt av folket. Parlamentets hovedoppgave er lovgivningen¹⁵ og valg av forfatningsdomstolens dommere.

Den lovgivende makt er, i likhet med Storbritannia og USA, et to kammer-system.

a) Bundestag

Det første kammer kalles Bundestag¹⁶, som består av folkets representanter. Representantene blir valgt for en periode på fire år og har som oppgave å holde kontroll

⁷ Tyskland består av til sammen seksten delstater.

⁸ Presidenten i Tyskland kalles Bundespräsident, som for tiden er Horst Köhler.

⁹ I Tyskland sier man Bundeskanzler. Den nåværende Bundeskanzler heter Angela Merkel.

¹⁰ Maktfordelingsprinsippet er lovfestet i den tyske Grunnloven (GG).

¹¹ Jf. GG art.38 flg.

¹² Jf. GG art.92 flg.

¹³ Jf. GG art.62 flg.

¹⁴ Prinsippet om folkesuverenitet er nedfelt i GG art.20, 2. ledd.

¹⁵ Her menes den landsomfattende lovgiving. Delstatslovgivning skjer i delstatsparlamentene. Se nærmere om delstatene nedenfor under punkt 2.1.3.

¹⁶ Bundestag kan sammenlignes med Senatet i USA.

med regjeringen, samt å velge Bundeskansleren. Dessuten skal Bundestag behandle lovforslagene før de eventuelt videresendes til behandling i Bundesrat.

b) Bundesrat

Andre kammer består av representantene for de seksten delstatene og kalles Bundesrat¹⁷. Delstatsrepresentantene deltar i lovgivningen, ved å utsette, endre eller stoppe et lovforslag.

2.1.3 Delstater

I likhet med USA består Tyskland av delstater som har slått seg sammen til en felles stat med en felles regjering. Det finnes seksten delstater som har egne delstatsparlamerter med egen lovgivning¹⁸ og en delstatsregjering. Men delstatslovgivning er i dag meget begrenset, så også på barnerettens område. Det er først og fremst i kultur- og utdanningsspørsmål hvor delstatenes lovgivning er av betydning. Dessuten reguleres den enkelte delstats forvaltningsrett helt ned til de enkelte kommunenes forvaltningsrett gjennom delstatslovgivningen.

2.1.4 Domstolsorganisasjon

Det finnes strukturelle forskjeller mellom Norge og Tyskland i forhold til domstolsoppbygningen. For det første har Tyskland, i likhet med Frankrike, en forfatningsdomstol som prøver, slik som navnet tilsier, kun saker i forhold til om de er forfatningsstridig eller ikke. Dessuten har Tyskland noen særdomstoler, som for eksempel forvaltningsdomstolene, arbeidsrettsdomstolene og sosialdomstolene.¹⁹ De ordinære domstolene er også inndelt i ulike spesialavdelinger²⁰, som bare behandler saker innenfor visse rettsområder. Domstolene har avdelinger for straffesaker²¹ og avdelinger for sivile saker²². De ulike sivilrettslige avdelingene har ansvar for bestemte sivilrettsområder. For eksempel behandles barnefordelingssaker av familiedomstolen.

¹⁷ Bundesrat kan sammenlignes med House of Representatives i USA.

¹⁸ Hver delstat har en egen delstatsforfatning (kalles Landesverfassung), men den kan ikke være i strid med den tyske Grunnloven (Bundesverfassung), jf. GG art.31.

¹⁹ Se figur nedenfor.

²⁰ Kan også betegnes som spesialdomstoler.

²¹ Denne avdelingen kalles for Strafgericht (straffedomstol).

²² Også kalt Zivilgericht (sivildomstol).

For det andre har Tyskland, i likhet med Norge, flere rettsinstanser. Det varierer imidlertid fra rettsområde til rettsområde hvor mange domstolsinstanser²³ det er. Videre finnes ulike regler i forhold til hvilken domsstol som har kompetent avgjørelsesmyndighet på de ulike rettsområdene.

Ved barnefordelingssaker er første instans familiedomstolen i Amtsgericht²⁴. Rettsavgjørelser om barnefordeling i Amtsgericht kan påklages til Oberlandesgericht²⁵. Mens Bundesgerichtshof²⁶ er kompetent domstolsorgan, dersom foreldre påanker barnefordelingsavgjørelser fra Oberlandesgericht. Dessuten kan foreldrene anlegger sak hos forfatningsdomstolen²⁷, dersom de mener at en rettsavgjørelse om barnefordelingen strider mot foreldrenes grunnlovsværnede rettigheter.

²³ I forvaltningsrettssaker finnes tre instanser, nemlig Verwaltungsgerichte, Oberverwaltungsgerichte og Bundesverwaltungsgericht, mens det i finanssaker er kun to instanser, Finanzgerichte og Bundesfinanzhof.

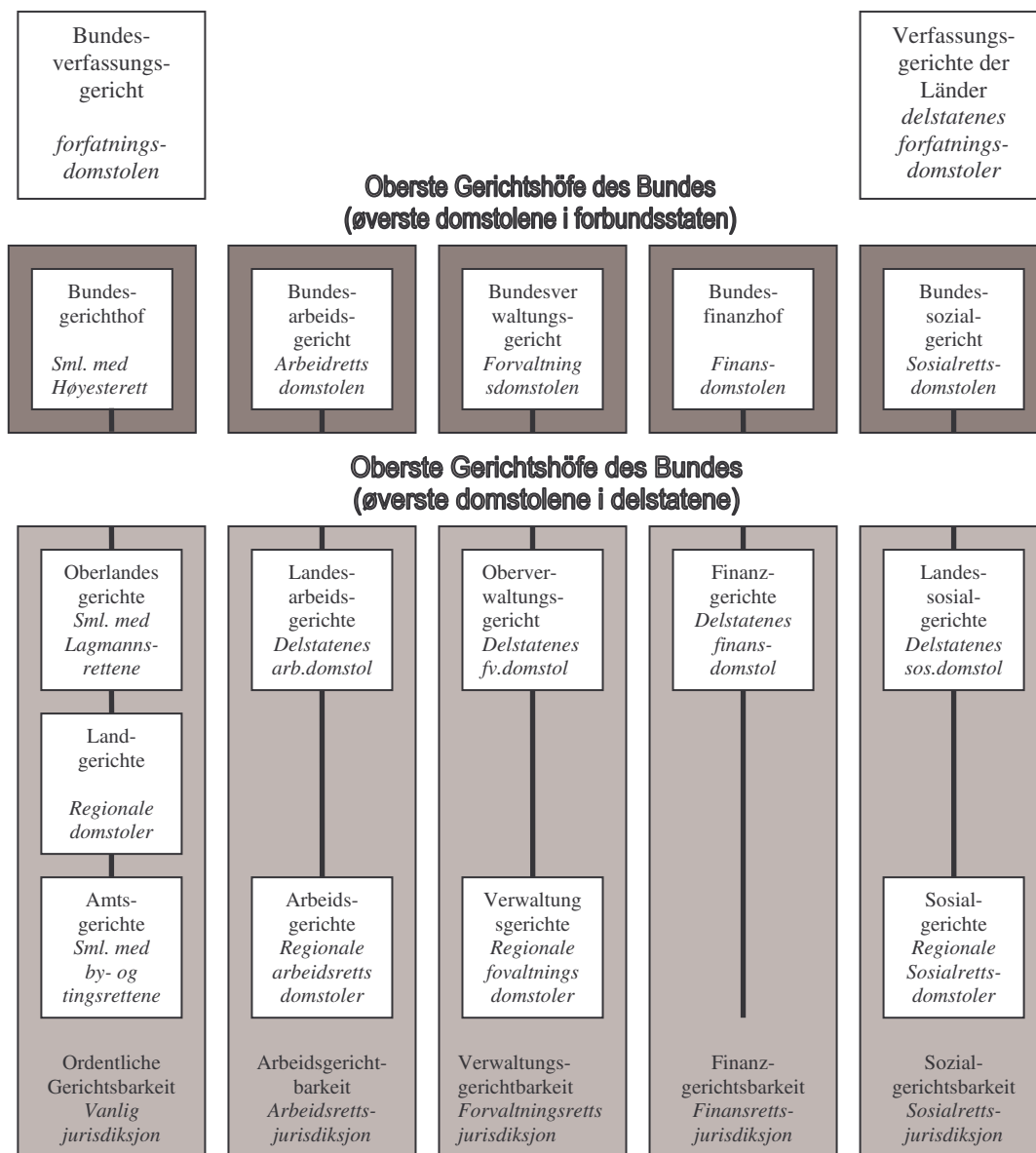
²⁴ Amtsgericht kan sammenlignes med by- og tingsrettene i Norge.

²⁵ Oberlandesgericht kan sammenlignes med lagmannsrettene i Norge.

²⁶ Bundesgerichtshof (BGH) er øverste domstol for de ordinære domstolene, og kan sammenlignes med Høyesterett i Norge.

²⁷ Som kalles for Bundesverfassungsgericht (BverfG)

Figur 1. Tyske domstolsorganer



Kilde: © Erich Schmidt Verlag

2.2 Lovens formål

I Norge har det i de senere år vært en del endringer på barnerettens område, og her særlig lovendringer i barneloven. Formålene med dette har først og fremst vært å styrke barns rettigheter og å avskaffe ulikheter mellom barn født i og utenfor ekteskap.²⁸ Videre har et ønske om ”likestilt foreldreskap”²⁹, og her særlig i forbindelse med barnefordelingssaker, ført til en del regelendringer. Lovendringene innebærer vesentlige endringer i barnefordelingskriteriene. Den største endringen er at morspresumpsjonen ble opphevet, og

²⁸ Se NOU 1977:35 (Barnelovutvalget) s. 74

²⁹ Med dettes menes likestillingen mellom far og mor i deres rolle som foreldre for sitt barn.

at barnet i større grad skal bli hørt. I dag skal domstolen se på avgjørelser ut fra barnas synsvinkel, i stedet for å vektlegge foreldrenes rettigheter som har vært tilfellet tidligere. Barnas posisjon som rettssubjekter fremfor rettsobjekter har blitt styrket.

I Tyskland ble det i 1998 gjennomført en omfattende barnerettsreform³⁰, som blant annet også tok utgangspunkt i skandinavisk barnerett. Grunnen til reformen var også her tanken om å styrke likestilling mellom barn født i og utenfor ekteskap, samt fedrenes rettsstilling.³¹ Lovendringene førte til at rettsreglene om forholdet mellom foreldre og barn ble samlet i samme kapitlet i BGB uavhengig av foreldrenes sivilstand. Men til tross for reformen finnes det i enkelte tilfeller fortsatt ulike regler for barn født i og utenfor ekteskap.³²

2.3 Tysk lovsystematikk

I motsetning til Norge er de tyske barnerettslige reglene samlet i sivillovboken, under samme kapittel som omfatter resten av familielovgivningen.

I Tyskland er det biologiske prinsipp³³ grunnlovsfestet, jf. GG art. 6, 2. ledd. Dessuten er vergemålet del av foreldreansvaret. I Norge reguleres reglene om vergemålet av egen lov³⁴, men i praksis er det liten forskjell, da vergemålsloven utpeker foreldrene som barnets verge. Dette innebærer at barnets verge og foreldrene vanligvis er en og samme person.

De tyske rettsreglene som omhandler barn er mer samlet, eksempelvis finnes lovforbudet om sterilisasjon av barn under familielovgivningen, mens i Norge er sterilisasjonsforbudet derimot plassert i helselovgivning.

I Norge skilles videre mellom barnerett og barnevernrett ved at reglene er plassert i ulike lover. I Tyskland finnes både reglene om forholdet mellom foreldre og barn og barnevernrettslige regler i BGB 4. bok Familienrecht.

Som tidligere nevnt hadde den tyske barnelovreformen som mål å styrke likestillingen mellom barn født innenfor og utenfor ekteskapet. Derfor blir alle barnerettslige regler uavhengig av foreldrenes sivilstand samlet i femte kapittel i BGB. Kapitlet inneholder

³⁰ Reformen kalles Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG).

³¹ Se BT-Drs.13/4899

³² Se nærmere i kapittel 5, kapittel 6 og kapittel 7.

³³ Med det biologiske prinsippet menes foreldrenes rett til å oppdra sine barn.

³⁴ I lov om vergemål for umyndige av 22.april nr.3 1927.

imidlertid ulike regler for foreldre med felles foreldreansvar og foreldre hvor kun mor har foreldreansvaret.³⁵

³⁵ Se mer detaljert omtale i kapittel 6

3. Rettsregler om barnefordeling

3.1 Generelt

Barnefordeling er, som nevnt i innledningen, en fellesbetegnelse for beslutninger om foreldreansvaret, barnets faste bosted og samværsrett. I utgangspunktet avgjøres slike spørsmål av foreldrene selv. Derfor kommer barnelovens regler først og fremst til anvendelse når det oppstår tvist mellom foreldrene. Det skal imidlertid sies at de fleste foreldre blir enige om barnefordelingen utenfor rettssystemet.³⁶ Men dersom de er uenige om ett eller flere spørsmål i forhold til barnefordelingen kan de bringe saken inn for domstolen til avgjørelse, jf. bl § 56, 1. ledd. Saken kan gjelde ett av spørsmålene eller alle. Rettsavgjørelser om barnefordeling blir behandlet i avhandlingens kapittel 4.

I utgangspunktet står foreldrene fri til å avtale seg i mellom hvordan de vil fordele foreldreansvar, hvor barnet skal bo fast og om og hvor mye samvær den andre av foreldrene eller andre personer³⁷ skal ha med barnet. Med andre ord ingen offentlig myndighet blander seg i avgjørelsen. Det innebærer også at ingen vurderer om ordningen som foreldrene er kommet frem til er til barnets beste, med mindre foreldrene ber fylkesmannen om at avtalen kan tvangsfullbyrdes, jf. bl § 55, 1. ledd. Et av vilkårene for at avtalen skal være tvangskraftig, er at den først og fremst retter seg etter det som er best for barnet, jf. bl § 55, 1. ledd, 2. punktum. Dessuten må foreldrene må ha vært til mekling før saken kan behandles av fylkesmannen, jf. bl § 55, 2. ledd.³⁸

3.2 Materielle regler

De materielle rettsreglene om barnefordeling finnes i bl kapittel 5 - som omhandler foreldreansvaret og hvor barnet skal bo fast, og kapittel 6 - som omhandler samværsretten. I vurderingen av slike spørsmål skal det tas hensyn til enkelte momenter, som for eksempel barnets beste kriterium³⁹, barnets medbestemmelsesrett og selvbestemmelsesrett.⁴⁰

³⁶ Jf. Skjørten (2004) s.5

³⁷ For eksempel besteforeldre, steforeldre og andre slektninger.

³⁸ Se nærmere nedenfor i kapittel 4 under punkt 4.2.1 mekling

³⁹ Se omtalen i kapittel 4

Reglene i barneloven regulerer først og fremst barns rettigheter. Vanligvis blir reglene allment praktisert i den enkelte familie, men de kan også bidra til å være holdningskapende.

3.2.1 Barnets medbestemmelsesrett

Barnets medbestemmelsesrett følger av bl § 31, som pålegger foreldrene å ta hensyn til barnets synspunkter og meninger før de tar avgjørelser om dets personlige forhold.⁴¹

Omfanget av medbestemmelsesretten er selvsagt avhengig av barnets alder og modenhet og hva avgjørelsen dreier seg om. Det må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, om barnet er i stand til å danne seg en egen mening om spørsmålet. Med avgjørelser om personlige forhold menes alt fra beslutninger om dagliglivet til viktige beslutninger om foreldreansvaret, barnets bosted og samværsretten.

Men foreldrene har ikke bare en plikt til å ta hensyn til barnets mening, de skal også legge vekt på det barnet har å si så langt det er mulig med hensyn til alder og modenhet, jf § 31, 1. ledd, 2. punktum. Det innebærer imidlertid ikke at barnets mening alltid skal være utslagsgivende. Noen ganger kan det tenkes at andre hensyn går foran. I vurderingen om hvor mye barnets mening skal vektlegges, avhenger av om barnet forstår rekkevidden av sitt standpunkt. Et fast og velbegrunnet standpunkt taler for å tillegge det vekt. Men hvilke andre hensyn som trekker i motsatt retning, vil også være av betydning.⁴²

Etter § 31, 1. ledd, 3. punktum gjelder første og andre punktum tilsvarende for andre enn foreldrene dersom de har noe med barnet å gjøre. Med andre menes domstolene for eksempel i barnefordelingssaker, men også andre som fosterhjem, skolen, barnevernet, sykehus mv.

Loven opererer med en todelt aldersgrense. For det første har barnet etter fylte 7 år en ubetinget uttalerett, før foreldrene tar avgjørelser om barnets personlige forhold, se § 31, 2. ledd, 1. punktum. Bestemmelsen utelukker ikke at også barn under 7 år gis muligheten til å uttale seg, men her vil uttaleretten ikke være ubetinget. Spørsmål omkring barnefordeling anses som avgjørelser om barnets personlige forhold i lovens forstand. For spørsmål om barnets bosted følger dette direkte av lovteksten i § 31, 2. ledd, 1. punktum.

⁴⁰ Disse momenter er gjennom FNs barnekonvensjon også nedfelt i barneloven.

⁴¹ Se § 31, 1. ledd, 1. punktum

⁴² Se Sandberg (2006) s.32

For det andre skal det legges stor vekt på barnets mening, når det har fylt 12 år, jf. § 31, 2. ledd, 2. punktum. Barnets mening trenger heller ikke her være utslagsgivende, men det skal sterke grunner til for ikke å følge den.

Barnets uttalerett er som navnet tilsier en rett til å uttale seg. Det innebærer at barnet ikke er forpliktet til å ha en mening, og i hvert fall ikke skal presses til det. Barnet skal gis muligheten til å bli hørt. Dersom retten forsømmer sin plikt, så kan dette påberopes som en saksbehandlingsfeil som igjen kan føre til at dommen oppheves.⁴³

3.2.2 Barnets selvbestemmelsesrett

Barnets rett til å bestemme selv over personlige forhold vokser gradvis med alder og modenhet, se bl. § 33. Når barnet blir myndig, det vil si den dagen det fyller 18 år, jf. vgml. §1, 2. ledd, opphører foreldrenes rett til å bestemme over personlige forhold for barnet.⁴⁴ I spørsmål om dagliglivet, som for eksempel klær, hårfrisyre og mat, får barnet vanligvis bestemme selv mye tidligere. En slik bestemmelsesrett begrenses likevel av foreldrenes omsorgsplikt etter § 30.

I noen tilfeller følger det direkte av loven at barnet har rett til å bestemme selv før fylte 18 år. For eksempel har barnet selvbestemmelsesrett i spørsmål om utdanning og medlemskap i foreninger, jf. § 32.⁴⁵

Utover disse direkte lovregulerte unntakstilfeller finnes ingen klar aldergrense for selvbestemmelsesretten, slik som for medbestemmelsesretten. Men i likhet med medbestemmelsesretten er også selvbestemmelsesretten avhengig av hva slags spørsmål det dreier seg om og barnets alder og modenhet. I juridisk teori antas at barnet bør bestemme selv, når barnet selv klarer å ivareta sine egne interesser på en forsvarlig måte, og begrunnelsen for foreldrenes bestemmelsesrett faller dermed bort.⁴⁶

⁴³ Jf. Rt.1974.1339

⁴⁴ Se bl § 30, 1. ledd, 2. punktum, jf. bl § 33, jf. vgml § 1, 2. ledd.

⁴⁵ Det finnes også enkelte bestemmelser i andre lover som gir barnet rett til å bestemme før det har oppnådd myndighetsalderen. For eksempel gjennom helselovgivningen i spørsmål om prevensjon og abort.

⁴⁶ Se Sandberg (2006) s.34

3.2.3 Foreldreansvar

3.2.3.1 Foreldreansvarets innhold

Foreldreansvaret er todelt, og innebærer en plikt til å ha omsorg for barnet på den ene siden og en rett til å bestemme for barnet i personlige forhold på den andre siden. Det følger direkte av loven at det skilles mellom vergemål⁴⁷ og foreldreansvaret.⁴⁸ I praksis er et slikt skillet likevel av liten betydning, fordi vergemålet vanligvis tilkommer foreldrene⁴⁹, jf. vgml § 3.

Foreldreansvarets generelle innhold uten hensyn til om barnet bor sammen med den som har foreldreansvaret, fremgår av bl. § 30. Bestemmelsens 1. ledd, 1. punktum gir barnet rett til omsorg og omtanke fra den som har foreldreansvaret. Under omsorg og omtanke forstås å gi barnet kjærlighet, trygghet, oppmerksomhet, stell og pleie, tilsyn, mulighet for lek og samvær med andre, samt å stimulere barnet i dets utvikling.⁵⁰ Loven oppfattes som en prinsipperklæring, siden det ikke stilles noen krav om hvordan omsorgen skal utøves. Lovteksten gir uttrykk for det som er allment anerkjent, og skal gi foreldrene veiledning og skape holdninger. Det finnes likevel en nedre grense for hva som kan anses som forsvarlig omsorg. Dersom omsorgen ligger under et slikt minstemål, kan barnevernet gripe inn.⁵¹

Etter § 30, 1. ledd, 2. punktum innebærer foreldreansvaret en rett og en plikt til å ta avgjørelser for barnet i personlige forhold. Med personlige forhold menes barnets bosted, ernæring, helse, navn, oppdragelse, skolegang og fritidsaktiviteter. Bestemmelsens 1. ledd, 2. punktum innebærer at ingen andre enn den som har foreldreansvaret kan treffe avgjørelser for barnet. Med andre ord kan bare den av foreldrene som har foreldreansvaret gis bestemmelsesrett for barnet. Det medfører at offentlige myndigheter, som for eksempel skolen må ha foreldrenes samtykke eller rettslig hjemmel, dersom de vil bestemme noe for barnet. I utgangspunktet er det kun foreldrene som har avgjørelsesmyndighet over barnets personlige forhold. Derfor kan ikke konflikter mellom foreldrene eller mellom foreldrene og barn om utøvelsen av foreldreansvaret bringes inn for noen offentlig instans til avgjørelse.

⁴⁷ Vergemålet innebærer at en har bestemmelsesretten for barnet i økonomiske forhold, jf. vgml § 38.

vergemålet behandles ikke i avhandlingen, fordi oppgaven avgrenses mot økonomiske forhold, se kapittel 1.

⁴⁸ Se bl § 30, 4. ledd

⁴⁹ Med mindre det er noen andre som innehar foreldreansvaret, se vgml § 3.

⁵⁰ Jf. Norsk lovkommentar til barneloven

⁵¹ Som for eksempel når barnet mishandles eller forsømmes, jf. bvl kapittel 4.

Foreldrenes bestemmelsesrett begrenses for det første gjennom foreldrenes lovbestemte plikter, som for eksempel skoleplikten⁵², og for det andre gjennom barnets med- og selvbestemmelsesrett, jf. bl §§ 31-33.⁵³ Den siste begrensningen ligger i at foreldreansvaret skal utøves ut fra barnets interesser og behov, jf. § 30, 1. ledd, 3. punktum. Ifølge forarbeidene betyr det ikke at foreldrene alltid skal rette seg etter barnet, men at de skal tenke på hva som vil være best for barnet både på kort og lang sikt.⁵⁴

Foreldrene eller andre som har foreldreansvaret plikter å gi barnet forsvarlig oppdragelse og forsørgelse, jf. bl § 30, 2. ledd, 1. punktum. Det fremgår av forarbeidene at med forsørgelse i denne sammenheng menes det rent praktiske, som å sørge for mat, klær og bolig.⁵⁵ Med oppdragelse menes å sosialisere barnet, slik at det finner seg til rette i samfunnet. Men foreldrene står fritt med tanke på hvilke verdier de vil formidle til barnet. Likeså fritt står de i valget av religion dersom foreldrene bestemmer seg for å oppdra barnet religiøst.

I bl § 30, 2. ledd, 2. punktum pålegges foreldrene å sørge for at barnet får utdanning etter evne og talent. Ifølge forarbeidene tilsier ”givnad” at valg av utdanning skal skje ut fra hele barnets personlighet, og ikke bare dets intellektuelle evner.⁵⁶ Foreldrene må også ved valg av utdanning ta hensyn til barnets med- og selvbestemmelsesrett etter bl §§ 31-33.

Det fremgår klart av bl § 30, 3. ledd at bruk av vold i oppdragelsen ikke er tillatt.⁵⁷ Det er midlertidig adgang til å holde eller hindre barnet for å unngå at det skader seg selv eller andre. Etter forarbeidene godtas spontane reaksjoner som lette klaps på hånden eller på baken, mens ørefiker og annen strengere form for straff ikke er tillatt.⁵⁸ Dessuten er det forbudt å behandle barn på en slik måte at det utsettes for fysiske eller psykiske krenkelser eller at det er fare for slike krenkelser, jf. bl § 30, 3. ledd. Handlinger som omfattes av forbudet er selvfølgelig seksuelle overgrep, men også mindre alvorlige hendelser som undertrykking eller latterliggjøring av barnet.

⁵² Jf. opplæringsloven

⁵³ Se nærmere ovenfor under punkt 3.2.1 og 3.2.2

⁵⁴ Jf. NOU 1977:35 s.123

⁵⁵ Jf. NOU 1977:35 s.123

⁵⁶ Jf. NOU 1977:35 s.123

⁵⁷ Også straffeloven og barnevernloven setter grenser her.

⁵⁸ Jf. Ot.prp.nr.8 (86/87) s.7

3.2.3.2 Hvem har foreldreansvaret?

I utgangspunktet er det barnets biologiske foreldre som har foreldreansvar, men det kan også være adoptivforeldre. Rettsreglene er noe ulike for foreldre som er eller har vært gifte og foreldre som ikke er det.

a) Når foreldrene er gifte eller har vært gift med hverandre

Når foreldre er gift har de felles foreldreansvar for felles barn, jf. § 34, 1. ledd. Med foreldre menes imidlertid også steforeldre såfremt de har adoptert barnet. Så lenge foreldrene er gift kan det etter reglene i barneloven verken avtales eller avgjøres rettslig at foreldreansvaret legges til kun en av foreldrene alene.

I utgangspunktet innebærer felles foreldreansvar at foreldrene er sammen om plikter og rettigheter i forhold til barnet. Det er ikke til hinder for at foreldrene deler på oppgavene. Men de kan ikke avtale å fordele beslutningene om barnets personlige forhold mellom seg, slik at for eksempel en bestemmer over barnets religiøse forhold, mens den andre bestemmer over skolegangen. I utgangspunktet må foreldrene være enige i avgjørelsene. Dersom det skulle oppstå uenigheter mellom dem, må de sammen finne en løsning, siden ingen offentlig instans har avgjørelsesmyndighet i slike tilfeller.

Likeså har foreldre som er separert eller skilt felles foreldreansvar for felles barn, med mindre det er avtalt noe annet, jf. § 34, 2. ledd. Inntil det foreligger en slik avtale, har de foreldreansvaret sammen, jf. bl § 34, 2. ledd i.f.

Foreldrene har avtalefrihet om foreldreansvaret. Dermed er det de som bestemmer om de fortsatt skal ha felles foreldreansvar eller om kun en av dem skal ha foreldreansvaret for barnet. Men også her begrenses bestemmelsesretten gjennom barnets med- og selvbestemmelsesrett i bl §§ 31 og 33.⁵⁹ Videre må foreldrene i deres beslutning om foreldreansvaret ta hensyn til barnets interesser og behov, jf. bl § 30, 1. ledd siste punktum. Men slike prinsipper har liten rettskraft, med mindre foreldrene er uenige og reiser sak. Det betyr st det er ingen offentlig kontroll med avtalen, med unntak fra kravet om mekling i § 51, 2. ledd.⁶⁰

Foreldrene kan heller ikke avtale at en tredjeperson, for eksempel besteforeldre, skal ha foreldreansvaret. Ifølge forarbeidene kan foreldrene ikke inngå tidsbegrensede avtaler om foreldreansvar, slik at den ene skal ha foreldreansvaret først i ett år før det går over på den

⁵⁹ Se nærmere ovenfor under punkt 3.2.1 og 3.2.2

⁶⁰ Se nærmere omtale i kapittel 4

andre.⁶¹ Videre uttalte barnelovutvalget at forhåndsavtaler om foreldreansvar ikke tillegges rettslig betydning.⁶² For at avtalen skal være gyldig gjelder et formelt vilkår om at avtalen må meldes til folkeregisteret, jf. bl § 39, 1. og 2. punktum. Etter bl § 55 kan foreldrene be fylkesmannen om at avtalen blir gjort tvangskraftig.⁶³

Dersom foreldrene ikke blir enige om foreldreansvaret, kan enhver av dem bringe saken inn for retten, se bl § 56, 1. ledd. Foreldre med felles barn under 16 år må møte til obligatorisk mekling før de eventuelt kan reise sak om foreldreansvar eller før de kan få separasjons- eller skilsmisseattest, se bl § 51, 1. og 2. ledd.⁶⁴ Meklingen skal informere og gi råd til foreldrene, slik at de blir enig om en avgjørelse, og som tar hensyn til barnets beste. Dersom foreldrene ikke blir enige og reiser sak om foreldreansvaret, er retten bundet av bl § 48, som innebærer at en rettsavgjørelse om foreldreansvaret skal avgjøres ut fra barnets beste.⁶⁵

b) Når foreldrene er ugifte og heller ikke ha vært gift før

I utgangspunktet har moren foreldreansvar alene for felles barn, med mindre foreldrene gifter seg med hverandre eller bor sammen, jf. bl § 35, 1. ledd.

Men også her har foreldrene avtalefrihet. Det kan avtales felles foreldreansvar eller at faren har foreldreansvar alene, jf. bl § 35, 3. ledd. Som nevnt ovenfor⁶⁶ må avtalen være registrert i folkeregisteret før den er gyldig. Bestemmelsesretten begrenses også her av barnets med- og selvbestemmelsesrett i bl §§ 31 og 33.

Bestemmelsen i § 35, 2. ledd innebærer felles foreldreansvar for samboere. Det gjelder likevel bare dersom farskapet er fastsatt og foreldrene er registrerte på samme adresse, eller foreldrene erklærer i melding til folkeregisteret at de bor sammen. I disse tilfeller skal det registreres at de har felles foreldreansvar, jf. bl § 39 siste punktum. Ettersom stortingskomiteen i forarbeidene⁶⁷ endret ordlyden i forslaget⁶⁸ til § 39 fra ”vedgått” til ”fastsett”, kan det tyde på at ved uenighet mellom foreldrene om farskapet må dette være fastsatt av det offentlige for at felles foreldreansvar skal inntre.⁶⁹

⁶¹ Jf. NOU 1977:35 s.70

⁶² Jf. NOU 1977:35 s.70

⁶³ Se nærmere omtale i kapittel 4

⁶⁴ Se nærmere omtale i kapittel 4

⁶⁵ Se nærmere omtale i kapittel 4

⁶⁶ Se under punkt a)

⁶⁷ Jf. Innst.O.nr.84 (2004/2005)

⁶⁸ Se Ot.prp.nr.82 (2003/2004)

⁶⁹ Se Sandberg (2006) s.39

Bl § 35, 5. ledd henviser til bl § 37 som omhandler hvem som skal treffe hvilke beslutninger dersom ugifte foreldre har felles foreldreansvar, men barnet bare bor fast sammen med en av dem.

c) Ved dødsfall

Dersom foreldrene til barnet har felles foreldreansvar, og den ene av dem dør, får den gjenlevende foreldreansvaret alene, jf. § 38, 1. ledd. Det innebærer at så lenge gjenlevende har del i foreldreansvaret er det ikke nødvendig at vedkommende bodde sammen med barnet.

Når den av foreldrene som hadde foreldreansvaret alene dør, vil den gjenlevende forelder automatisk få foreldreansvaret alene dersom denne bodde sammen med barnet og den avdøde, jf. § 38, 2. ledd.

Også andre⁷⁰ enn gjenlevende foreldre kan kreve foreldreansvaret for barnet ved dødsfall etter reglene i bl § 63, jf. § 38, 4. ledd. Bestemmelsen omtaler de tilfellene den gjenlevende enten ikke hadde del i foreldreansvaret før dødsfallet eller ikke bodde sammen med barnet før dødsfallet. Det innebærer at selv om gjenlevende automatisk får tildelt foreldreansvaret etter § 38, 1. og 2. ledd, kan andre i henhold til § 63, 1. ledd innen seks måneder reiser krav om få foreldreansvaret.

3.2.4 Barnets faste bosted

3.2.4.1 Hvor skal barnet bo fast?

a) Når foreldrene har felles foreldreansvar

Det fremgår av bl. § 36, 1. ledd at foreldrene har avtalefrihet i forhold til hvor barnet skal bo fast. De kan avtale at barnet skal bo fast hos en av dem, eller dersom de er enige, at barnet skal bo hos dem begge, jf. § 36, 1. ledd, 1. og 2. punktum. Det fremgår av forarbeidene at det forutsettes at foreldrene også klarer å bli enige om gjennomføringen ved delt bosted, for at det ikke får uheldige konsekvenser for barnet.⁷¹ Delt bosted

⁷⁰ For eksempel besteforeldre, den avdødes nye ektefelle.

⁷¹ Jf. Ot.prp. nr.56 (96/97) s.57-60

forutsetter stor grad av samarbeid mellom foreldrene. Det er ingen offentlig myndighet som kan avgjøre enkeltspørsmål i forbindelse med delt bosted, dersom foreldrene er uenige. Ifølge forarbeidene innebærer delt bosted at foreldrene har lik bestemmelsesrett og bestemmelsesplikt.⁷²

Foreldrene kan også avtale at barnet skal bo hos en tredjeperson, for eksempel besteforeldre, mens de beholder foreldreansvaret. For eksempel når far bor i utlandet og mor skal ha en stor operasjon, slik at hun må bli på sykehus i flere uker eller måneder fremover.

Ifølge barnelovutvalget kan foreldrene også inngå overgangsavtale om barnets bosted, det vil si at barnet først bor hos den ene for en periode på seks til tolv måneder før barnet flytter til den andre når denne for eksempel er ferdig med sin utdanning. Men mer langsiktige avtaler om flytting av barnet godtas ikke, fordi et miljøskifte etter lengre tid lett kan bli til skade for barnet.⁷³ det er også vanskelig å avtale forhold fremover i tid, fordi det skjer endringer både i barnets og foreldrenes liv.

Foreldrenes bestemmelsesrett i forhold til barnet bosted er begrenset gjennom barnets med- og selvbestemmelsesrett i bl §§ 31 og 33. Loven bruker til og med avgjørelser om hvor barnet skal bo fast som eksempel på personlige forhold, hvor barn fra fylte 7 år skal få si sin mening, se § 31, 2. ledd.⁷⁴

Dersom foreldrene ikke blir enige om hvor barnet skal bo fast, kan enhver av dem reise sak, jf. § 56, 1. ledd. Deretter er det opp til retten å avgjøre hvor barnet skal bo fast. men retten har ikke adgang til å avsi på delt bosted, jf. ordene ”dersom dei er samde” i bl. § 36, 1. ledd siste punktum. Etter § 36, 2. ledd må retten istedenfor finne frem til en av foreldrene der barnet skal bo fast, jf. § 36, 2. ledd. Avgjørelsen skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet, jf. § 48.⁷⁵

b) Når kun en av foreldrene har foreldreansvaret

Dersom en av foreldrene har foreldreansvaret alene, begrenses bestemmelsesretten for den andre. Foreldrene kan for eksempel kun avtale at barnet skal bo hos den som har foreldreansvaret. Dessuten foreligger det en videre adgang til å bestemme barnets bosted,

⁷² Jf. Ot.prp. nr.56 (96/97) s.55

⁷³ Jf. NOU 1977:35 s.70

⁷⁴ Se nærmere ovenfor under punkt

⁷⁵ Se nærmere nedenfor under kapittel 5 rettsavgjørelser om barnefordeling

siden bostedsforelderens ikke trenger samtykke fra den andre for å flytte utenlands med barnet, jf. § 40, 1. ledd, 1. punktum. Den samværsberettigede har imidlertid rett til å uttale seg om flyttingen, jf. § 46.

3.2.4.2 Bostedsforelderens avgjørelsesmyndighet

Den som har barnet boende fast hos seg kalles bostedsforelderens. I lovens § 37 presiseres hva bostedsforelderens kan avgjøre på egenhånd selv om foreldrene har felles foreldreansvar. Bestemmelsen gjelder for alle foreldre uavhengig av deres sivilstatus, se § 37. Bostedsforelderens kan, uten samtykke fra den andre, ta avgjørelse som gjelder vesentlige sider av omsorgen for barnet, som for eksempel om barnet skal gå i barnehage og andre større avgjørelser om dagliglivet, jf. § 37. Selv om loven bare nevner avgjørelse om barnehage, omfattes også avgjørelser om lignende barnepassordninger, som for eksempel dagmamma eller au-pair.⁷⁶ Etter ordlyden i § 37 kan bostedsforelderens ta avgjørelse om flytting innenlands.

Bestemmelsesretten begrenses likevel gjennom at den som har del i foreldreansvaret har rett til å uttale seg om flyttingen før avgjørelsen tas. Ifølge forarbeidene gjelder det særlig ved emigrasjon eller ved flytting utenlands av lang varighet, men det kan også få betydning ved flytting innenlands.⁷⁷ Dette følger av § 46 hvor en slik uttalerett er lovfestet for den samværsberettigede, og dersom en slik rett gjelder for den som har samvær, må det minst innebære en tilsvarende rett for den som har del i foreldreansvaret. Det følger direkte av loven at flytting til utlandet derimot krever enighet mellom foreldrene dersom de har felles foreldreansvar, jf. § 40, 1. ledd siste punktum. Ifølge forarbeidene nevnes spørsmålet om fritidsaktiviteter og skolefritidsordning som eksempler på andre større avgjørelser om dagliglivet.⁷⁸ Videre mener lovgiveren at ved eventuelle konflikter som ikke faller inn under foreldreansvaret eller den direkte omsorgen, skal bostedsforelderens ta avgjørelsen.⁷⁹ Felles foreldreansvar innebærer at store beslutninger i barnets liv som ikke gjelder dagliglivet skal foreldrene ta sammen. Bostedsforelderens bestemmelsesrett begrenses etter hvert av barnets med- og selvbestemmelsesrett, jf. §§ 31-33 og eventuelle spesiallover.⁸⁰

⁷⁶ Se Sandberg (2006) s.41.

⁷⁷ Jf. NOU 1977:35 s.133

⁷⁸ Jf. Ot.prp. nr.56 (96/97) s.54

⁷⁹ Jf. Ot.prp. nr.56 (96/97) s.54

⁸⁰ Se ovenfor under punkt 3.2.1 og 3.2.2

Det er naturlig at bostedsforelderen også kan treffe mindre avgjørelser som angår dagliglivet hos seg. Dette går også direkte frem av § 42, 2. ledd, 2. punktum. Bestemmelsen retter seg mot den som er sammen med barnet uavhengig av om det er bostedsforelderen eller den samværsberettigede. Vedkommende tar avgjørelser som gjelder omsorgen for barnet under samværet, jf. § 42, 2. ledd siste punktum. Ifølge forarbeidene omfattes for eksempel mat og påkledning, leggetider, venner, følge opp skolearbeid, tilsyn og stell.⁸¹

Det følger av § 41, 1. ledd at den som har foreldreansvar i utgangspunktet kan ta barnet med på kortere utenlandsreiser uten samtykke fra den andre. Det gjelder også der foreldrene har felles foreldreansvar, men barnet har sitt bosted hos den andre.

3.2.5 Samværsrett

3.2.5.1 Hvem har samværsrett?

Både barnet og foreldrene har en selvstendig rett til samvær. Likeså kan andre personer enn foreldrene, for eksempel besteforeldre, ha rett til samvær med barnet. Den av foreldrene (eller eventuelt andre personer) som har rett til samvær kalles samværsberettigede.

a) barnet

Ifølge bl. § 42, 1. ledd, 1. punktum. har barnet *”rett til samvær med begge foreldre, selv om de lever hver for seg”*. Det skilles ikke mellom foreldre som har brutt samlivet, og de som aldri har bodd sammen. Bestemmelsen gjelder uavhengig av om foreldrene har felles foreldreansvar. Det er foreldrene som har gjensidig ansvar for at samværsretten blir praktisert, jf. § 42, 1. ledd, 2. punktum. Men bl § 42 er først og fremst en prinsipperklæring, da ingen av foreldrene kan tvinges til å omgås med barnet sitt. Det innebærer at barnet ikke kan få sin rett til samvær tvangsfullbyrdet. Det vil være uheldig for barnet å gjennomføre en samværsordning med en forelder som motsetter seg.

b) foreldrene

Det følger av bl § 43, 1. ledd, 1. punktum. at den av foreldrene som ikke bor fast sammen med barnet har rett til samvær, med mindre det er avtalt noe annet. Det gjelder selv om

⁸¹ Jf. Ot.prp. nr.56 (96/97) s.56

vedkommende aldri har bodd sammen med barnet. Lovens utgangspunkt er at det skal være samvær, men foreldrene står fri til å avtale om den samværsberettigede skal ha samvær overhodet. I enkelte tilfeller kan den samværsberettigedes likegyldighet eller motforestillinger ha så uheldige virkninger at det vil være bedre for barnet uten samvær. For eksempel dersom vedkommende bare overholde samværsavtalen sporadisk.

Dessuten har foreldrene full avtalefrihet i forhold til omfanget av samværet, jf. § 43, 1. ledd, siste punktum. Men foreldrenes bestemmelsesrett er begrenset gjennom barnets med- og selvbestemmelsesrett, jf. §§ 31 og 33.⁸² I forarbeidene uttales at samværsordningen må tilpasses barnets alder og behov.⁸³ For eksempel kan samværet bare utøves etter skoletid.

Dersom foreldrene ikke blir enige om omfanget av samværet eller om den samværsberettigede skal ha samvær overhodet, kan de bringe spørsmålene inn for retten til avgjørelse, jf. § 56, 1. ledd. Rettsavgjørelser om samværsretten behandles i kapittel 4.

c) andre

Adgangen for andre enn foreldrene til å kreve samvær med barnet reguleres i bl § 45. Det fremgår av bestemmelsen at forutsetningen for at noen andre enn foreldrene kan kreve samvær etter første ledd, er at minst en av foreldrene er død, jf. § 45, 1. ledd. Det er ingen selvstendig rett til samvær som for barnet og foreldrene⁸⁴, men utelukkende en rett til å få spørsmålet vurdert av domstolen. Loven gir ikke bare slektningene, men også andre som er nært knyttet til barnet adgang til å fremsette krav om samvær. For eksempel kan den avdøde samboer som bodde sammen med barnet og den avdøde, krever samvær med barnet. Det er et vilkår at vedkommende er nært knyttet til barnet. Men at vilkåret er oppfylt gir ingen rett til samvær i seg selv, siden spørsmålet skal avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering om hva som er best for det enkelte barnet, jf. § 48.⁸⁵ Likeså må samværets omfang vurderes i hvert enkelt tilfelle.

Bestemmelsen i andre ledd gjelder ved samværsnekt. I motsetning til første ledd er det kun besteforeldrene som kan få samvær med barnet. Det er imidlertid et vilkår at barnet ikke får møte den som er blitt nektet samvær. Besteforeldrene har imidlertid ingen selvstendig søksmålsadgang. Det er den samværsberettigede som subsidiært, når vedkommende krever samvær, kan kreve samvær for besteforeldrene. Avgjørelsen skal først og fremst rette seg

⁸² Se nærmere ovenfor under punkt 3.2.1 og 3.2.2

⁸³ Jf. Ot.prp. nr.56 (96/97) s.66

⁸⁴ For barnet følger det av bl § 42 og for foreldrene av § 43.

⁸⁵ Se nærmere om barnets beste vurdering i kapittel 4

etter det som er til barnets beste, jf. § 48. Ifølge forarbeidene skal adgangen til samvær for besteforeldrene etter andre ledd ivareta barnets kontakt med den siden av familien.⁸⁶

3.2.5.2 Samværsrettens innhold

Den samværsberettigede plikter å gi barnet omsorg og omtanke, jf. § 42, 2. ledd, 1. punktum. Bestemmelsen har samme innhold som bl § 30, 1. ledd, 1. punktum som pålegger den som har foreldreansvaret samme plikt.⁸⁷ Dersom vedkommende ikke etterkommer sin plikt til å gi barnet den nødvendige omsorg og omtanke, kan det føre til at samværsordningen må revurderes ut fra hensynet til barnet beste, jf. § 48.

Barnelovens § 42, 2. ledd, 2. punktum henviser til bl § 37 som regulerer bostedsforelderens beslutningsmyndighet i barnets personlige forhold, og som samtidig begrenser samværsberettigedes avgjørelsesmyndighet tilsvarende. Bostedsforelderens skal ta avgjørelser som gjelder vesentlige sider av omsorgen for barnet.

Den som er sammen med barnet kan ta avgjørelser som gjelder den faktiske omsorgen for barnet under samværet, jf. bl § 42, 2. ledd, 2. punktum. Ifølge forarbeidene menes med dette avgjørelser om måltider, påkledning, leggetider, venner, tilsyn og stell.⁸⁸ Videre nevner forarbeidene oppfølging av skole. Med dette menes den daglige oppfølgingen som å påse at barnet kommer seg til og fra skolen, og gjør lekser.⁸⁹ Den samværsberettigede kan også bestemme barnets fritidsaktiviteter under samværet, men mer faste fritidssysler, som for eksempel at barnet blir medlem i en idrettsforening, omfattes av bostedsforelderens bestemmelsesmyndighet.⁹⁰

Den samværsberettigede har rett til å uttale seg før den med foreldreansvaret tar avgjørelser for barnet, jf. bl § 46. Bestemmelsen gjelder dersom den samværsberettigede ikke har del i foreldreansvaret. Av dette følger også en mye sterkere rett til å være med på avgjørelsene for den samværsberettigede ved felles foreldreansvar.⁹¹

⁸⁶ Jf. Ot.prp. nr.56 (96/97) s.87

⁸⁷ Som allerede nevnt ved omtale av foreldreansvarets innhold under punkt 3.2.3.1 innebærer kravet på omsorg og omtanke at barnet skal ha kjærlighet, trygghet, oppmerksomhet, stimulering, stell og pleie, tilsyn og mulighet for lek og samvær med andre m.m.

⁸⁸ Jf. Ot.prp. nr.56 (96/97) s.56 og s.86

⁸⁹ Fordi avgjørelser om skole som går utover det daglige hører inn under foreldreansvaret, se bl § 30, 2. ledd, siste punktum.

⁹⁰ Se bl § 37

⁹¹ Se Sandberg (2006) s.60

Det må imidlertid presiseres at den samværsberettigede bare har rett til å uttale seg om avgjørelsen, han har ingen veto rett overfor bostedsforelderen. Uttaleretten skal sikre at den samværsberettigedes synspunkter kommer frem, men som nevnt er bostedsforelderen ikke forpliktet til å ta hensyn til vedkommendes mening.

Men vilkåret som oppstilles for en slik uttalerett er at avgjørelsen vil gjøre det umulig eller vesentlig vanskeligere å utøve samværsretten, jf. bl § 46. Ifølge forarbeidene er det ikke nok at samværsretten blir berørt.⁹² Videre gjelder uttaleretten bare så langt det er tid til å høre hva den samtaleberettigede mener, jf. *”så langt råd er”* i § 46. Det kan være vanskelig å få kontakt med den samværsberettigede, for eksempel når vedkommende er på ferie eller jobber ute på sjøen. I utgangspunktet finnes ingen sanksjoner mot brudd på plikten til å høre hva den samværsberettigede har å si. Men det kan komme inn som et moment i vurderingen av samarbeidsvilje i en eventuell senere sak om barnefordeling.

3.2.5.3 Samværsrettens omfang og gjennomføring

Samværsrettens omfang er regulert i bl § 43. I utgangspunktet har foreldrene avtalefrihet, og kan selv avtale omfanget av samværsretten. Men dersom foreldrene med felles barn under 16 år skal separeres eller skilles, må de møte til mekling, jf. § 51, 2. ledd. Samboere med felles barn under 16 år kan også møte til mekling, det er imidlertid frivillig, jf. § 51, 3. ledd. Ved mekling kan foreldrene få veiledning for å komme frem til en avtale om samvær, jf. § 52.⁹³

Samværsrettens utforming må vurderes konkret og helhetlig i hvert enkelt tilfelle. Ifølge forarbeidene må samværsordningen tilpasses barnets alder og behov.⁹⁴ For eksempel er det for småbarn bedre med hyppigere men kortere samvær, i stedet for annenhver helg som kan innebære for mye tid borte fra hovedomsorgspersonen. Foreldrenes bestemmelsesrett begrenses også her gjennom barnets med- og selvbestemmelsesrett i §§ 31 og 33.⁹⁵

Legaldefinisjonen i § 43, 2. ledd angir hva som ligger i ”vanlig samværsrett”, dersom det er avtalt eller fastsatt. Med dette menes retten til samvær med barnet en ettermiddag i uken, annenhver helg, 14 dager i sommerferien og jul eller påske. Men dette er bare et

⁹² Se tidligere omtale under punkt 3.2.4.2

⁹³ Se nærmere i kapittel 4 under punkt 4.2.1 Mekling

⁹⁴ Jf. Ot.prp. nr.56 (96/97) s.66

⁹⁵ Se nærmere ovenfor under punkt 3.2.1 og 3.2.2

utgangspunkt, også ”*vanlig samvær*” må justeres etter barnets alder og behov.⁹⁶ Som nevnt ved omtale av første ledd utformes samværet gjennom en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. I mange tilfeller kan det være behov for å fastsette nærmere hvilken ettermiddag i uken som menes, på hvilke tidspunkter barnet skal hentes og bringes og av hvem. Det fremgår av forarbeidene at det kan fastsettes en utvidet samværsrett utover det som ligger i ”*vanlig samvær*”, dersom forholdene ligger til rette for det.⁹⁷

Ifølge forarbeidene betyr ordlyden ”jul eller påske” ikke at det må være annen hver jul og påske. For eksempel kan barnet være fast hos den ene hver jul og hos den andre hver påske. Likeså kan høytidene deles, slik at barnet for eksempel er hos den ene julaften og resten av tiden hos den andre. Det fremgår av forarbeidene at det viktigste er at foreldrene får være sammen med barnet i en av disse høytidene hvert år.⁹⁸

Det fremgår av bl § 43, 3. ledd at det kan settes vilkår for gjennomføringen av samværsretten. Det er enten foreldrene selv eller retten som kan fastsette bestemte vilkår. Ifølge forarbeidene er det særlig vilkåret om tilsyn som benyttes i medhold av tredje ledd.⁹⁹ Med samvær under tilsyn menes at en annen person er til stede, fordi det på grunn av for eksempel den samværsberettigedes personlige egenskaper ikke er ønskelig at vedkommende er alene med barnet. Vilket om tilsyn kan benyttes i tilfeller hvor barnet ikke kjenner den samværsberettigede. I slike tilfeller er det bare aktuelt med tilsyn i en overgangsfase inntil barnet har blitt kjent med vedkommende. For eksempel har det blitt pålagt tilsyn under samværet, hvor retten mente det forelå en risiko for seksuelle overgrep.¹⁰⁰

Det vektlegges i forarbeidene at retten må vurdere om det er mulig å finne en person til å føre tilsyn før den kan fastsette tilsyn som et vilkår for samværet. Begrunnelsen for dette er at retten mangler myndighet til å pålegge noen, som for eksempel barnevernet, å føre tilsyn under samværet. I noen tilfeller medfører dette at samværet ikke kan gjennomføres.¹⁰¹

Ifølge rettspraksis er det adgang til at en av partene kan utnevne tilsynspersonen. Det innebærer imidlertid ikke et krav om at tilsynspersonen anses for å være upartisk av begge parter.¹⁰²

⁹⁶ Jf. Ot.prp. nr.56 (96/97) s.66

⁹⁷ Jf. Ot.prp. nr.56 (96/97) s.55

⁹⁸ Jf. Ot.prp. nr.62 (79/80) s.37

⁹⁹ Jf. Ot.prp. nr.56 (96/97) s.66

¹⁰⁰ Se Rt.1998.562

¹⁰¹ Jf. Ot.prp. nr.56 (96/97) s.66

¹⁰² Se Rt.1998.749 hvor morfaren blir utnevnt til tilsynsperson.

I bl § 43, 4. ledd pålegges både den samværsberettigede og bostedsforelderen en plikt til varsle den andre i rimelig tid forut for samværet dersom det ikke kan finne sted som avtalt eller at tiden må endres. Regelen er først og fremst av hensyn til barnet, men også for at den andre skal kunne innrette seg.

Hva som menes med rimelig tid er ifølge rettslig teori avhengig av samværets lengde. Dersom det for eksempel dreier seg om et lengre feriesamvær, bør det varsles i veldig god tid i forveien, slik at barnet og den andre eventuelt kan planlegge noe annet i stedet. Ettermiddagssamvær derimot må kunne endres med kortere varsel. Videre er det avhengig av grunnen til at samværet ikke kan finne sted. I nødssituasjoner, for eksempel når barnet eller den samværsberettigede utsettes for en ulykke, må samværet kunne avlyses samme dag. Samværet bør ikke avlyses uten gode grunner, selv om det varsles i rimelig tid. At den samværsberettigede stadig flytter eller avlyser samværet er uheldig for barnet og kan føre til at samværsretten reduseres.¹⁰³

Samværsnekt kan være en ”særlig grunn” for å kunne reise sak om endring av foreldreansvar eller barnets bosted. Derfor kan samværsnekt fra bostedsforelderen medføre endring av foreldreansvar og barnets bosted, se § 43, 5. ledd, jf. § 64. Spørsmålet må avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering av hva som er til barnets beste.

¹⁰³ Se Sandberg (2006) s.55-56

4. Rettsavgjørelser i barnefordelingssaker

4.1 Generelt

I utgangspunktet er det foreldrene selv som bestemmer barnefordelingen.¹⁰⁴ De har avtalefrihet i forhold til spørsmålet om foreldreansvar, hvor barnet skal bo fast og samvær. Først når foreldrene ikke klarer å bli enige, og reiser sak, har domstolene avgjørelsesmyndighet i spørsmål om barnefordelingen. Enhver av foreldrene kan anlegge sak om foreldreansvar, barnets bosted og samvær, jf. § 56, 1. ledd, 1. punktum. Saken kan gjelde ett av spørsmålene eller alle.

4.2 Saksbehandlingsregler

I barnefordelingssaker gjelder spesielle saksbehandlingsregler som finnes i bl kapittel 7. I utgangspunktet gjelder også her domstolsloven (dl) og tvistemålsloven (tvml), men barnelovens kapittel 7 oppstiller særregler som utfyller dl og tvml, og som etter prinsippet om *lex specialis* går foran dersom det oppstår motstrid, jf § 59, 3. ledd.

Dersom foreldrene ikke blir enige om spørsmål knyttet til barnefordeling, må de først møte til mekling før de kan reise sak for retten, jf. § 56, 2. ledd.¹⁰⁵

Både avgjørelser om barnefordeling og saksbehandlingen i slike saker skal først og fremst rette seg etter det som er til barnets beste, jf. bl. § 48. Barneprosessutvalget uttalte at det er best for barnet at foreldrene blir enige seg imellom.¹⁰⁶ Derfor gjelder prinsippet om først mekling, så domstolsbehandling, se bl. § 56, 2. ledd. Dette kommer også til uttrykk gjennom lovens § 59, annet ledd, jf. § 61, 1. ledd nr.1 og nr.2, som oppfordrer dommeren til å legge til rette for at partene inngå forlik. Det samme gjelder for advokatene, som skal gjøre foreldrene oppmerksom på muligheten for mekling dersom det er mulig for partene å komme frem til en løsning, jf. bl. § 49.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Se nærmere omtalt tidligere i kapittel 3

¹⁰⁵ Se nærmere om tale om mekling nedenfor under punkt 5.2.1

¹⁰⁶ Jf. NOU 1998:17

¹⁰⁷ Se nærmere nedenfor under punkt 5.2.1 Mekling

Det er også hensynet til barnets beste som ligger til grunn for regelen om at barnefordelingssaker skal avgjøres så raskt som mulig, jf. bl. § 59, 1.ledd. Ifølge forarbeidene vil det være i strid med § 48 dersom behandlingen av en barnefordelingssak tar unødig lang tid.¹⁰⁸ Det uttales videre at den gjennomsnittlige domstolsbehandling i første instans ikke bør overstige tre til fire måneder. Men lovgiveren vil ikke oppstille noen absolutt tidsfrist, fordi barnefordelingssaker kan på grunn av sin egenart ta lengre tid.¹⁰⁹

I vurderingen av barnets beste kan domstolen oppnevne sakkyndige for å avgjøre barnets hvilken løsning som vil ivareta barnets interesser best, se dl § 61 nr.3. Sakkyndige kan imidlertid også brukes for å komme frem til barnets eget ønske.

Domstolene har adgang til å avsi en midlertidig dom i spørsmålet om barnefordelingen, dersom en av partene skulle kreve dette, jf. bl. § 60.

Foreldrene står fri til å endre avtale eller avgjørelse om barnefordeling, jf. bl. § 64, 1. ledd. Dersom de ikke blir enige, kan de reise sak etter § 56. Men domstolsbehandling av tidligere dommer, rettsforlik og registrerte avtaler kan likevel bare endres når særlige grunner taler for det, jf. § 64, 2. ledd. For eksempel følger det direkte av § 43, 5. ledd at samværsnekt anses som ”særlig grunn” i lovens forstand. Derfor har den samværsberettigede adgang til å kreve ny avgjørelse om foreldreansvar og barnets faste bosted, jf. § 43, 5. ledd.

Ifølge bl. § 55 kan avgjørelser og registrerte avtaler i barnefordelingssaker tvangsfullbyrdes etter behandling hos fylkesmannen.

4.2.1 Mekling

Foreldre som er gift med felles barn under 16 år må møte til obligatorisk mekling for å kunne ta ut skilsmisse, jf. bl § 51, 2. ledd, jf. el. §§ 26. Slik mekling kan gi veiledning og appellere til foreldrene til å tenke på barnets beste ved slike avgjørelser.

¹⁰⁸ Jf. Ot.prp. nr.29 (2002/2003) s.4

¹⁰⁹ Jf. Ot.prp. nr.29 (2002/2003) s.8

Ifølge bl § 51, 3. ledd har samboere med felles barn under 16 år rett til å møte til mekling ved samlivsbrudd, dersom de skulle ønske det. I motsetning til gifte foreldre er meklingen for samboere frivillig.¹¹⁰

Foreldre som ikke bor sammen har ikke rett til offentlig mekling for å komme frem til en avtale om barnefordelingen for felles barn.

Dersom foreldrene er uenig om barnefordeling, kan hver av dem reise sak for retten jf. bl § 56. Men et vilkår for at foreldre med felles barn under 16 år kan ta ut stevning, er at de møte til obligatorisk mekling. Loven gjelder alle foreldre uavhengig av sivilstatus, jf. bl. § 51, 1. ledd. Ifølge lovens § 52, 1.ledd, 1.punktum er formålet med meklingen å få foreldrene til å komme frem til en skriftlig avtale om hvor barnet skal bo fast og fastsetting av samvær.

I Barneprosessutvalget¹¹¹ fastslås at domstolsbehandling ikke demper konfliktnivået mellom foreldre som er uenige, heller tvert imot. Det presiseres imidlertid at meklings mål ikke er å redde ekteskapet eller samboerskapet, men at foreldrene kommer frem til en god omsorgsordning for barnet.¹¹²

Selv om foreldrene ikke er blitt enige, skal det etter tre timer hos mekleren skrives ut meklingsattest, jf. bl § 54. Gyldig meklingsattest er et vilkår for å kunne reise sak for retten om barnefordeling, jf. bl. § 56, annet ledd. Uten slik attest skal saken avvises¹¹³, med mindre feilen kan avhjelpes.¹¹⁴ Rettsaken kan for eksempel utsettes inntil gyldig meklingsattest foreligger.

Likeså må foreldre som er blitt enige om en avtale angående barnefordelingen legge frem gyldig meklingsattest, før de kan bringe saken inn for fylkesmannen, jf. bl § 55, 2. ledd.

Dommeren skal også etter at saken er kommet opp til domstolsbehandling på *”kvart trinn i saka vurdere om det er mogeleg å oppnå forlik mellom partane, og leggje tilhøva til rette for det.”*, jf. bl § 59, 2. ledd.

¹¹⁰ Det foregår for tiden en diskusjon om å også innføre obligatorisk mekling for samboere etter samlivsbruddet.

¹¹¹ NOU 1998:17

¹¹² Jf. Ot prp. nr.29 (2002/2003) s.101

¹¹³ Jf. Rt.1993.434

¹¹⁴ Jf. Rt.1994.1170

4.3 Materielle regler

4.3.1 Generelt

Siden foreldrene har avtalefrihet i forhold til foreldreansvar, hvor barnet skal bo fast og samvær, kan de avtale barnefordelingen etter eget skjønn. Begrunnelsen for det er at foreldrene vanligvis kjenner sitt barn best, og derfor vet hva som er best for barnet.¹¹⁵ ”*De fleste foreldre i Norge ordner barnefordelingen gjennom private forhandlinger.*”¹¹⁶

I tilfellet foreldrene ikke blir enige seg imellom, skal spørsmål om barnefordeling avgjøres ved dom forutsatt at en av partene bringer saken inn for retten, jf. bl § 56, 1. ledd. Domstolenes oppgave er å komme frem til hvordan barnet vil få det best i fremtiden. Både avgjørelser om foreldreansvar, hvor barnet skal bo fast og samværsretten skal bygge på prinsippet om barnets beste, jf. § 48. Prinsippet om barnets beste er et meget skjønnsmessig kriterium med et varierende innhold avhengig av de konkrete forhold og de til enhver tid herskende samfunnsnormer. Det innebærer at avgjørelsen om barnefordelingen må treffes ut fra en konkret helhetsvurdering av barnets interesser i hvert enkelt tilfelle. Det er ulike momenter som spiller inn i denne vurderingen.

Loven sier ikke mye om hvilke momenter som kan legges vekt på ved vurderingen om hva som er best for barnet, bortsett fra barnets mening etter § 31.

Både forarbeidene og rettspraksis gir veiledning om hvilke momenter det generelt legges vekt på og hvordan de blir vektlagt i forhold til hverandre.

Den spesielle rettskildemessige situasjon i barnefordelingssaker på grunn av rettsavgjørelsenes meget skjønnsmessige og fremtidsrettede karakter, medfører at tidligere rettsavgjørelser har meget begrenset prejudikatverdi. Prejudikater gir uttrykk for generelle prinsipper, men i barnefordelingssaker er det lite rom for generelle prinsipper. Det skal foretas en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Men tidligere rettspraksis stiller med hjelp fra forarbeidene opp visse veiledende momenter som generelt er naturlig å ta i betraktning. Videre sier rettspraksis noe om hvordan de ulike momenter skal vektlegges i forhold til hverandre. Derfor vil rettspraksis først og fremst ha betydning som en rettslig

¹¹⁵ Se nærmere omtale ovenfor i kapittel 3

¹¹⁶ Jf. Skjorten (2004) s.15

argumentasjonskilde.¹¹⁷ Den generelle vurderingen skal imidlertid ikke ha gjennomslag i den enkelte sak hvis den ikke stemmer overens med barnets beste.

4.3.2 Avgjørelse om foreldreansvar

Ved tvister om foreldreansvar må domstolene avgjøre om foreldreansvaret skal være felles eller om bostedsforelderen skal ha aleneforeldreansvar. Ifølge forarbeidene bør det etter samlivsbrudd normalt fastsettes felles foreldreansvar, med mindre det hefter forhold hos en av foreldrene som gjør vedkommende uegnet til å utøve det.¹¹⁸ For eksempel fordi vedkommende utøver vold, har mishandlet eller misbrukt den andre av foreldrene eller barnet. Rettspraksis har gjennom tolking av forarbeidene kommet frem til at det skal fastsettes felles foreldreansvar med mindre særlige grunner tilsier at den ene bør ha det alene.¹¹⁹ Men også stor motvilje hos bostedsforelderen kan føre til at domstolen går mot å fastsette felles foreldreansvar. Retten må vurdere om foreldrene er villige til å samarbeide tilstrekkelig nok, da det vil være belastende for barnet dersom felles foreldreansvar medfører stadige konflikter. Ifølge rettspraksis kan i visse tilfeller høy konfliktnivå og fastlåsthet mellom foreldrene anses som særlig grunn for å fravike hovedregelen om felles foreldreansvar.¹²⁰

Det er nå også fastslått i rettspraksis at retten ikke kan legge enkelte deler av beslutningsmyndigheten til kun en av foreldrene dersom de er uenige.¹²¹ Med andre ord det er ikke mulig at en av foreldrene for eksempel kan bestemme alene over spørsmål i forhold til barnets helse eller skolegang, mens resten av foreldreansvaret er felles. Det gjelder imidlertid et unntak. Foreldrene kan ved uenighet reise sak i spørsmålet om barnets faste bosted

4.3.3 Avgjørelse om hvor barnet skal bo fast

Når kun en av foreldrene har foreldreansvaret, så har barnet også sitt faste bosted hos vedkommende.¹²² Det betyr at spørsmålet om barnets faste bosted settes dermed bare på

¹¹⁷ Jf. Smith og Lødrup (2004) s.115

¹¹⁸ Jf. Innst.O.nr.100 (96/97) s.22

¹¹⁹ Se Rt.2003.35 som henviser til forarbeidene

¹²⁰ Jf. Rt.2003.35 hvor moren fikk tildelt foreldreansvaret alene på grunn av blant annet graden og varigheten av konflikt og fastlåsthet i forholdet mellom foreldrene. Riktignok var det flere momenter som trakk i samme retning, som for eksempel barnets konsistente og bekymringsfulle reaksjoner i forhold til faren og morens helsemessige situasjon.

¹²¹ Jf. Rt.2000.185

¹²² Se nærmere omtale i kapittel 3 under punkt 3.2.4.1 b).

spissen, hvis foreldrene har felles foreldreansvar. Ved uenigheter om barnets faste bosted, skal domstolen finne frem til hvem av foreldrene barnet vil få det best hos i fremtiden, jf. § 48.

Som nevnt ovenfor har tidligere rettsavgjørelser meget begrenset prejudikatsvirkning, men gir uttrykk for hvilke momenter som generelt er relevante og om avveiningen av de ulike momenter i vurderingen om barnets faste bosted.

4.3.3.1 Momenter i barnets beste vurdering

a) Barnets eget ønske

Hensynet til barnets mening er det eneste moment i barnets beste vurdering som er lovfestet, jf. § 31.¹²³ Bestemmelsen inneholder et generelt prinsipp om at barnets egne ønsker er av betydning. Prinsippet kommer selvsagt også til anvendelse i barnefordelingssaker. Domstolene skal gi barn anledning til å uttale seg fra fylte syv år.¹²⁴ Etter fylte tolv år skal de legge stor vekt på barnets mening, jf. § 31 første og annet ledd.

For eksempel la Høyesterett avgjørende vekt på en tolv år gammel pikes ønske om å flytte til moren, til tross for at hun hadde bodd hos faren i de siste tre årene og moren hadde en mer usikkert livssituasjon.¹²⁵

Omstendighetene rundt og begrunnelsen for barnets ønske er av betydning når retten skal ta stilling til hvordan de vil vektlegge momentet. Dersom for eksempel barnet er under press eller uttaler seg av lojalitet overfor en av foreldrene, kan det følgelig ikke tillegges stor vekt¹²⁶, med mindre andre argumenter taler i samme retning.

I tilfeller hvor løsningen som barnet ønsker, er problematisk og andre hensyn taler imot, så tillegges barnets ønske lite vekt.¹²⁷ Det vil si at barnets mening ikke nødvendigvis er utslagsgivende for avgjørelsen, selv om den skal tillegges vekt. Generelt taler det for å tillegge uttalelsen vekt når barnet gjentar sitt ønske og andre kan bekrefte at barnet mener hva det sier. Dessuten styrkes momentets vekt når også andre momenter trekker i samme retning.

¹²³ Se nærmere omtale i kapittel 3 under punkt 3.2.1.

¹²⁴ Dersom retten ikke etterkommer sin plikt, foreligger det en saksbehandlingsfeil. Se nærmere omtale i kapittel 3 under punkt 3.2.1.

¹²⁵ Jf. Rt.1990.699

¹²⁶ Jf. Rt.1985.467 hvor retten mente at de ikke kunne legge noe særlig vekt på datterens ønske om å ville flytte til mor, fordi uttalelsen kom mens jenta på åtte år satt på mors fang med stefaren til stede.

¹²⁷ Jf. Rt.1989.176 hvor Høyesterett gikk på tvers av barnas ønske. Retten anså begge løsninger for problematiske for barna og tok avgjørelsen ut fra andre hensyn.

b) Barnets følelsesmessige tilknytning

Etter endringen av barneloven blir morspresumpsjonen – morens fortrinnsrett til barn under skolealderen - opphevet. Det er viktig for vurderingen av barnets faste bosted hvem av foreldrene barnet er følelsesmessig knyttet til. Ifølge forarbeidene skal det legges betydelig vekt på barnets følelsesmessige tilknytning, og særlig dersom det dreier seg om småbarn.¹²⁸ Formelt sett er det uten betydning hvorvidt foreldrene har bodd sammen eller ikke.¹²⁹ Men faktisk er barnets følelsesmessige tilknytning ofte avhengig av hvem av foreldrene som har hatt hovedomsorgen for barnet. Det skal legges vekt på hvem av foreldrene som har tatt seg mest av barnet og har vært villig til å sette barnets interesser foran egne.¹³⁰

Det finnes eksempler i rettspraksis på at hensynet til barnets følelsesmessige tilknytning er et sentralt moment i vurderingen om barnets faste bosted. For eksempel ble ei jenta på 3 ½ år, som hadde bodd hos faren i to år, ikke flyttet til mor, fordi det ville være uheldig for henne å miste den daglige kontakt med faren og besteforeldre på denne siden.¹³¹

Også en gutt på tre år, som faren hadde hatt omsorg for de siste to år etter samlivsbruddet, forble hos faren. I dommen ble det reist spørsmål om farens skikkethet, fordi han var døv, men retten la avgjørende vekt på at faren har hatt hovedomsorgen i de siste årene og at gutten derfor var nært følelsesmessig knyttet til ham.¹³²

Hensynet til barnets følelsesmessige tilknytning veier naturlig nok ganske tungt, siden den følelsesmessige tilknytningen er en god indikator for hva som er til barnets beste. I tilfeller hvor barnet er nært knyttet til begge foreldre, må det vanligvis andre hensyn til for å avgjøre saken. Det kan imidlertid også tenkes at, selv om barnet er nærmere knyttet til den ene av foreldrene, så får andre hensyn større vekt, eksempelvis hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt.¹³³

¹²⁸ Jf. Innst.O.nr.30 (80/81) s.14

¹²⁹ Jf. Rt.1984.728

¹³⁰ Jf. Innst.O.nr.30 (80/81) s.14

¹³¹ Jf. Rt.1973.1396

¹³² Jf. Rt.1993.1165

¹³³ Se Rt.1982.116 hvor problemer med gjennomføringen av morens samværsrett på grunn av farens motvilje, førte til at jenta på fem år blir flyttet fra far til mor.

Selv om hensynet til barnets følelsesmessige tilknytning er et sentralt moment i vurderingen om hvor barnet skal bo fast, er det ofte andre argumenter som brukes som begrunnelse, særlig risikoen ved miljøskifte. Begge hensyn henger nært sammen, nettopp fordi denne risikoen ofte er en følge av den følelsesmessige tilknytningen barnet har til den av foreldrene som har hatt hovedomsorgen. Det er derfor vanskelig å skille mellom miljøskifteargumentet og hensynet til følelsesmessig tilknytning. For eksempel blir disse to argumentene brukt om hverandre i domsbegrunnelsen, når retten kommer til at sønnen ikke skal flyttes, fordi han har et nært forhold til sin mor og at det innebærer en risiko å skille ham fra henne og sine vante omgivelser.¹³⁴

Også saker som begrunnes med barnets ønske vil ofte ha sammenheng med hvem av foreldrene som hadde hovedomsorgen, fordi barnet vanligvis ønsker å bo hos den av foreldrene det er følelsesmessig mest knyttet til.

c) Risikoen ved miljøskifte

Miljøskifteargumentet legger til grunn at miljøskiftet ved flytting er uheldig for barnet, og dermed ikke til beste for barnet. Dersom miljøskifteargumentet tillegges avgjørende vekt, innebærer det at den foreløpige bostedsordningen opprettholdes. Derfor kalles miljøskifteargumentet også for status quo – prinsippet.

Hensynet til status quo anføres ofte som begrunnelser for bostedsavgjørelser. Dersom domstolene ser bort fra miljøskifteargumentet er det fordi risikoen er liten, for eksempel i tilfeller hvor barnet er godt kjent med det miljøet det skal flytte til og barnet er nært knyttet til begge foreldre.

Ved miljøskifte skilles mellom skifte av barnets hjemmemiljø og hovedomsorgspersonen i dets liv, som defineres som det indre miljø, og skifte av slekt, venner, barnehage og skole osv. som betegnes som det ytre miljø. I de tilfeller hvor domstolene skal ta stilling til om småbarn skal flyttes, ser de først og fremst på risikoen ved skifte av omsorgsperson og hjemmemiljø¹³⁵. Når det dreier seg om større barn legger retten også vekt på det ytre miljø med venner, skole osv.

Miljøskifteargumentet blir ofte tillagt stor eller avgjørende vekt i to typer saker. For det første når foreldrene står nokså likt og det ikke foreligger sterke grunner for at barnet skal

¹³⁴ Jf. Rt.1985.729

¹³⁵ Jf. Rt.1973.1396

flyttes. I slike tilfeller må det ifølge rettspraksis foreligge særlige grunner for å kunne rettferdiggjøre en flytting.¹³⁶

For det andre dersom retten er usikker på hvor barnet vil ha det best. I rettspraksis gis uttrykk for at det samlet sett må være sannsynlig at en flytting vil medføre fordeler for barnet, for at man skal endre en vel fungerende ordning.¹³⁷

Men selv om mye taler for en flytting av barnet, kan et dramatisk miljøskifte veie opp for de andre argumentene. I Pakistandommen¹³⁸ ble betenkelighetene ved et miljøskifte tillagt avgjørende vekt for at barna på fem og syv år som hadde bodd hos faren i Pakistan i 4 ½ år skulle forble hos ham, selv om retten kom frem til at moren i Norge var best skikket.

Men det finnes også eksempler på at andre faktorer kan være viktigere, som for eksempel i Kenyadommen¹³⁹ hvor hensynet til størst samlet foreldrekontakt og motarbeidelse fra faren sin side ble tillagt større vekt enn ulempen ved miljøskifte.

d) Stabile forhold i hjemmet

Et annet moment som anses for å være verdifullt for barnet er stabilitet i hjemmet. Det har sammenheng med barnets behov for trygghet og kontinuitet under oppveksten. Med stabile forhold i hjemmet menes de ytre omstendigheter ved omsorgssituasjonen som arbeidsforhold¹⁴⁰, boligsituasjonen og eventuelle nye samlivsforhold¹⁴¹. Ifølge juridisk teori vurderes gjentatte flyttinger, foreliggende flytteplaner eller stadig skifte av partner negativt for stabiliteten i omsorgssituasjonen. På den andre siden teller et godt nettverk med familie i nærheten positivt.¹⁴²

Det varierer hvordan stabilitetsmomentet vektlegges i rettspraksis. I en dom blir det uttalt at *”farens miljøtilbud virker mer solid og stabilt på lengre sikt”*¹⁴³, mens moren i en annen dom fikk omsorgen for barnet til tross for usikre bo- og arbeidsforhold.¹⁴⁴

¹³⁶ Jf. Rt.1985.467 hvor en åtte år gammel jenta ikke blir flyttet fordi retten mente begge alternativer fremstår som like gode, og det i slike tilfeller kreves overvekt av hensyn for å foreta en flytting, der forelå ikke.

¹³⁷ Jf. Rt.1996.420

¹³⁸ Jf. Rt.1983.251

¹³⁹ Jf. Rt.1989.176 hvor faren hadde urettmessig tatt med seg barna til Norge, og etablert seg på ny. Han nektet barna kontakt med moren, og skapte en motvilje mot henne hos dem.

¹⁴⁰ Se Rt.1983.117 hvor det nevnes at faren har en sikker stilling.

¹⁴¹ Se Rt.1985.729

¹⁴² Se Skjørten (2004) s.79

¹⁴³ Jf. Rt.1986.997 hvor faren og hans samboer hadde faste stillinger i farens familiebedrift og hadde bygget hus sammen.

Noen ganger veier andre hensyn mer, eksempelvis kan barnets mening føre til at stabilitetsmomentet tillegges mindre vekt, som for eksempel i dommen hvor jentas ønske om å bo hos moren blir tillagt avgjørende vekt, selv om oppvekstforholdene var langt mer trygge og stabile hos far.¹⁴⁵

Det kan tenkes at stabilitetshensynets varierende vektlegging henger sammen med at det ikke finnes noen garanti for at stabiliteten vil vedvare.

e) Hensynet til best samlet foreldrekontakt

Lovens utgangspunkt er at god kontakt med begge foreldre er til barnet beste, jf. § 42, 1. ledd.¹⁴⁶ En slik formodning ligger til grunn for hensynet til mest samlet foreldrekontakt. Domstolen bør finne frem til hvem av foreldrene som viser størst vilje til samlet foreldrekontakt, da bostedsforelderens skal bistå ved gjennomføringen av den annens samværsrett.

Ifølge forarbeidene er *”barns behov for regelmessig kontakt med begge sine foreldre større og mer grunnleggende enn tidligere antatt”*.¹⁴⁷ Uttalelsen er begrunnelsen for samværsforelderens adgang til å kreve ny avgjørelse om foreldreansvar eller barnets fast bosted dersom den andre hindrer barnets rett til samvær, jf. § 43, 5. ledd.

Høyesterett har slått fast at hensynet til samlet foreldrekontakt er et selvstendig moment i vurderingen om hvor barnet skal bo fast. I dommen blir en fem år gammel jente, som var godt etablert hos far og hans nye kone, og med slekt i nærheten, flyttet til sin mor, fordi faren motsatte seg jentas samvær med moren. Begge foreldre var vel skikket, men for å sikre størst samlet foreldrekontakt, ble den daglige omsorgen overført til mor.¹⁴⁸

I rettspraksis legges blant annet vekt på allmennpreventive hensyn, da man vil oppdra foreldre til å samarbeide. Men ofte vil det bli en vanskelig avveining hvor den lite samarbeidsvillige forelder har etablert en tilstand som kan være uheldig for barnet å bryte opp.

¹⁴⁴ Jf. Rt.1985.179

¹⁴⁵ Jf. Rt.1990.699 hvor faren hadde utdannelse, fast jobb og hadde overtatt tidligere fellesbolig, mens mor var uten utdannelse og jobb, og leiet en leilighet midlertidig.

¹⁴⁶ Barnets rett til samvær med begge foreldre og foreldrenes gjensidige ansvar for å følge opp samværsretten følger av bl § 42, 1. ledd.

¹⁴⁷ Jf. Innst.O.nr.23 (88/89) s.2

¹⁴⁸ Jf. Rt.1982.116

En hindring av barnets samvær med den samværsberettigede kan også være et moment som taler for at vedkommende kan anses som uskikket til å ha omsorgen for barnet. Som for eksempel i Rt.1991.1148 hvor momentet blir tillagt avgjørende vekt og barnet ble flyttet fra mor til far, til tross for at barnet ikke kjente til sin far. I de senere år har dommen blitt sterkt kritisert i juridisk teori. Kritikken retter seg mot at det i avgjørelsen legges for lite vekt på barnets beste¹⁴⁹ og for stor vekt på å straffe den av foreldrene som saboterer samværsretten.

Det finnes imidlertid også dommer hvor hensynet til best samlet foreldrekontakt tillegges lite eller ingen vekt. For eksempel i dommen i Rt.1997.797 hvor barnas ønske og risikoen ved miljøskifte veide tyngre enn det faktum at moren hindret samværet med far.

f) Foreldrenes personlige egenskaper

Foreldrenes personlige egenskaper har stor betydning i spørsmålet om hvor barnet skal bo fast, siden de har betydning for foreldrenes omsorgsevne. Det uttales i juridisk teori at det bør legges særlig vekt på evnen til å gi barnet omsorg, varme, stimulans og kjærlighet samt mer moralske kvaliteter.¹⁵⁰ Foreldrenes intelligens, intellektuelle egenskaper og den enkeltes mulighet til å stimulere barnet åndelig kan også være av betydning.¹⁵¹

Retten bruker imidlertid ofte andre argumenter i domsbegrunnelsen, eksempelvis hensynet til barnets følelsesmessige tilknytning, hensynet til best samlet foreldrekontakt og stabilitet i hjemmet. Disse hensyn står ofte i nær sammenheng med foreldrenes personlige egenskaper. For eksempel når foreldrene anses som uskikket til å ta seg av barnet, vil også forholdene i hjemmet ofte være ustabile. I noen tilfeller vil manglende omsorgsevne fører til at barnet er lite følelsesmessig knyttet til vedkommende. Likeså kan foreldre som saboterer samværsretten anses som uskikket, siden de ikke tar tilstrekkelig hensyn til barnet ved å sette sine egne interesser først.¹⁵² Det kan også tenkes at domstolene vil være tilbakeholdne med personlige beskrivelser, fordi det kan bidra til å øke konfliktnivået mellom foreldrene.

¹⁴⁹ Både hensynet til barnets følelsesmessige tilknytning og status quo - prinsippet talte mot flytting av barnet.

¹⁵⁰ Jf. Smith og Lødrup (2004) s.128

¹⁵¹ Se RG.1987.984 og Rt.1986.997 hvor de sakkyndige la vekt på at en åtte år gammel gutt ville bli bedre rustet til utdannelse og arbeidsliv ved å bo hos faren.

¹⁵² Se Rt.1989.176 hvor retten tviler på farens omsorgsevne fordi han nektet moren samvær med barna.

Når retten legger avgjørende vekt på foreldrenes personlige egenskaper, er det ofte fordi den ene utmerker seg i negativ forstand. Det dreier seg ofte om betydelige svakheter, som rusmisbruk, vold, seksuelle overgrep eller psykiske lidelser.

Det uttales i rettsteorien at særlig stor aldersforskjell mellom foreldrene kan vektlegges, og da særlig når det dreier seg om småbarn. Er foreldrene ellers like skikket, vil det i utgangspunktet være best for barnet å bo sammen med den yngre av foreldrene.¹⁵³ Den eldre har vanligvis en kortere forventet levetid og kan være i dårligere fysisk form.

Det faktum at foreldrene er funksjonshemmet kan være uten betydning, som for eksempel i en dom hvor en tre år gammel gutt fikk sitt faste bosted hos sin døve far.¹⁵⁴ Men det gjelder nok ikke ubetinget, for eksempel kan det være vanskelig for noen med sterke bevegelseshemninger som multippel sklerose å ha omsorg for et spedbarn alene.

I utgangspunktet skal det være uten betydning om foreldrene er religiøse eller ikke, og hvilken religion de i så fall måtte bekjenne seg til.¹⁵⁵ I noen tilfeller kan det taler i forelderens disfavør, dersom vedkommende for eksempel tilhører en ytterliggående sekt eller lignende, og det etter en konkret vurdering er sannsynlig at barnet kan bli skadelidende. Så var tilfellet i ”Jehovas vitner - dommen” hvor flertallet mente at oppvekst hos den strengt religiøse faren ikke ville være heldig for barnet.¹⁵⁶ Det må imidlertid presiseres at det ikke er den religiøse aktivitet i seg selv som skal tillegges vekt, men hvilket utslag denne har på foreldrenes oppdragelse og personlighet, fordi det har betydning i forhold til barnets beste. I ”Jehovas vitner – dommen” var det nok først og fremst farens strenge autoritære holdning som talte mot faren, men rettens flertall vektla og nevnte likevel farens religiøse forhold.

Hvem som har skylden i samlivsbrudd har i utgangspunktet ingen betydning, med mindre det viser uheldige personlige egenskaper hos en av foreldrene. Ifølge rettspraksis er foreldrenes skyld i samlivsbruddet uten betydning, og tillegges ikke vekt ved avgjørelsen om barnefordeling.¹⁵⁷

¹⁵³ Jf. Smith og Lødrup (2004) s.128

¹⁵⁴ Jf. Rt.1993.1165

¹⁵⁵ Jf. Rt.1982.1200

¹⁵⁶ Jf. Rt.1982.1200

¹⁵⁷ Jf. Rt.1964.315 hvor det ble avgjort hvor barnet skal bo fast.

g) Hensynet til å holde søskenflokk samlet

I rettspraksis er det en klar tendens til å holde søsken samlet. Hovedsakelig bør deling av søsken ikke finne sted. Standpunktet stammer fra et mindretallsvotum, hvor retten uttaler: *”[Søskenflokken] er i mange tilfelle det verdifulleste barna har tilbake når foreldrenes ekteskap går i stykker, særlig hvor barna er så vidt gamle som her og har vent seg til å leve sammen som søsken...”*¹⁵⁸

Eksempelvis fant Høyesterett ikke tilstrekkelig grunn til atskille et tvillingpar på 7 år ved å flytte datteren til mor, fordi bostedsordningen fungerte meget bra og søsken i en skilsmisssituasjon kunne ha særlig behov for hverandre.¹⁵⁹

Ifølge juridisk teori vil hensynet til en samlet søskenflokk varierer med barnas alder og hvilken tilknytning de har til hverandre. I noen tilfeller kan en deling også være fordelaktig, for eksempel når barna rett og slett bare krangler. En deling kan også føre til at foreldrene blir mer positivt innstilt til samværsordningen. Riktignok skal hensynet til barna gå foran foreldrenes interesser, men at foreldrene er fornøyde, kan være en god garanti for at også barna skal få det godt etter foreldrenes samlivsbrudd. Det kan tenkes at den ene har god kontakt med moren og den andre med faren. Dessuten kan en deling gi den enkelte av foreldrene mer tid til å ta seg av barnet, særlig når det dreier seg om en stor søskenflokk eller et av barna har spesielle behov som innebærer at den andre blir oversett. Videre vil en deling kunne bidra til at alle barna får bedre kontakt med begge sine foreldre, enn hvor alle barn bor hos den ene av foreldrene.¹⁶⁰

Dessuten kan andre hensyn veie tyngre, som for eksempel i en dom hvor hensynet til mest samlet foreldrekontakt og barnas egne ønske ble tillagt avgjørende vekt, slik at begge guttene ble flyttet til faren mens jenta ble boende hos mor.¹⁶¹

h) Barnets kjønn

I noen tilfeller tillegges barnets kjønn selvstendig vekt. Det er først og fremst når det dreier seg om eldre barn at retten har brukt argumentet i vurderingen med den begrunnelsen at

¹⁵⁸ Jf. Rt.1960.883

¹⁵⁹ Jf. Rt.1984.268

¹⁶⁰ Se Smith og Lødrup (2004) s.127

¹⁶¹ Jf. Rt.1983.266

barnet trenger et forbilde eller voksenmodell. Det var tilfellet i en dom, hvor retten kom til at en gutt på 14 år hadde et større behov for sin far enn sin mor. Retten mente at gutten hadde behov for kjønnsidentifikasjon under puberteten.¹⁶²

Det fremgår av juridisk teori at hensynet til kjønnsidentifikasjon er meget omstridt og brukes nokså tilfeldig som domsgrunn. Antakelig fører usikkerheten omkring kjønnsidentifikasjons betydning for barns utvikling til at dommernes personlige synspunkter avgjør om momentet brukes eller ikke.¹⁶³ *”Mye tyder på at hensynet til barnets kjønn er på vei ut som normativt grunnlag for vurderinger av barnets beste.”*¹⁶⁴

4.3.4 Avgjørelser om samværsretten

Barnets beste er også hovedkriterium for avgjørelsen om samvær, jf. bl. § 48. Samværsavgjørelser kan både dreie seg om det skal være noe samvær overhodet, om samværsrettens omfang og eventuelle andre spørsmål om samvær.

4.3.4.1 Samvær eller ikke samvær?

Ifølge loven skal det i utgangspunktet være samvær, slik at samværsnekt må begrunnes. Avgjørelsen skal være i samsvar med hva som er best for barnet, derfor må det være adgang til å nekte samvær dersom det ellers vil være uheldig for barnet.¹⁶⁵ Om samvær er positivt må avgjøres konkret for hvert enkelt barn. Det er ikke enhver ulempe som samvær bringer med seg, som fører til samværsnekt. Ifølge Høyesterett må en viss utrygghet for barnet i en begynnelsefase likevel aksepteres med tanke på samværsrettens betydning på lengre sikt.¹⁶⁶

Lovens utgangspunkt om samvær begrunnes med at det vanligvis er til barnets beste å ha kjennskap til og kontakt med sitt biologiske opphav. Kontakt med begge foreldrene og deres familie og slekt er viktig for barnets identitetsutvikling og selvbilde. Samværsretten kan være særlig viktig for barn som har foreldre med ulik språklig, kulturell eller religiøs

¹⁶² Jf. Rt.1968.709

¹⁶³ Se Sandberg (1990) s.81-82 og Skjørten (2004) s.93

¹⁶⁴ Jf. Skjørten (2004) s.139

¹⁶⁵ Se Rt.1983.359

¹⁶⁶ Jf. Rt.1995.946 hvor barnet ikke kjent til sin biologiske far, fordi det var oppvokst med en annen sosial far og yngre halvsøsken. Moren mente at en samværsordning ville virke forstyrrende for barnet og familielivet. Men Høyesterett forviste til den alminnelige presumsjon for at samvær er til barnets beste, og kunne ikke se at det her forelå momenter for å fravike lovens ordning.

bakgrunn.¹⁶⁷ Rettspraksis legger til grunn at det også er til barnets beste å ha samvær med en forelder, barnet aldri har bodd sammen med.¹⁶⁸ Hensynet til det biologiske prinsipp står så sterkt at det skal mye til for at samværet nektes.

Domstolene kan nekte samvær på grunn av foreldrenes personlige egenskaper. Ifølge rettspraksis skal det imidlertid tungtveiende grunner til for å nekte samvær mellom den samværsberettigede og barnet på grunn av vedkommendes personlige egenskaper. *”Dersom samvær helt skal nektes en far eller en mor på grunn av vedkommendes personlige egenskaper, må det normalt dreie seg om negative egenskaper utover normal variasjonsbredde.”*¹⁶⁹

Eksempelvis kan omstendigheter som alkoholisme, narkotikamisbruk, seksuelt misbruk, voldelighet eller psykiske lidelser, som for eksempel schizofreni, medføre samværsnekt.¹⁷⁰

I rettspraksis har også fare for seksuelt misbruk ført til samværsnekt.¹⁷¹ Men en slik fare kan avhjelpes ved tilsyn, som er mindre inngripende.¹⁷²

I et annet tilfelle misbrakte faren alkohol og hadde vært voldelig under samlivet, som førte til at moren bar negative følelser overfor ham. Faren ble nektet samvær med sin 4 1/2 år gamle datter.¹⁷³ Samværsnekt på grunn av alkoholisme eller lignende kan også bli forhindret gjennom samvær under tilsyn eller samvær på andre vilkår. Domstolen kan for eksempel kreve at den samværsberettigede er rusfri under samværet med barnet, og er villig til å la seg behandle for rusproblemet.

Dessuten kan reell fare for misbruk av samværsretten fører til samværsnekt.¹⁷⁴ Men også fare for barnebortføring kan avhjelpes ved at samværet finner sted under tilsyn eller på andre vilkår. Det kan for eksempel kreves at samværet utøves i bostedsforelderens hjem.

Samvær under tilsyn eller på andre bestemte vilkår vil oftest være alternativet til intet samvær. Det må imidlertid presiseres at det å sette vilkår for samvær er et stort inngrep i den enkeltes liv, som krever at vilkårene og grunnen for disse bør stå i forhold til hverandre.

¹⁶⁷ Jf. Rt.1983.359

¹⁶⁸ Jf. Rt.1995.946

¹⁶⁹ Jf. Rt.1989.148

¹⁷⁰ Se Skjørten (2004) s.108

¹⁷¹ Jf. Rt.1994.940 som er riktignok en midlertidig avgjørelser

¹⁷² Jf. Rt.1998.562

¹⁷³ Jf. Rt.1986.638

¹⁷⁴ Se Rt.1983.897 hvor fare for bortføring av barnet førte til samværsnekt.

I enkelte tilfeller kan også barnets bestemte ønske føre til samværsnekt.¹⁷⁵ Domstolene må vurdere om barnets ønske er reelt eller et utslag av påvirkning utenfra. Slikt var tilfellet i en Høyesterettsdom hvor faren fikk samvær med sin datter på ti år, selv om jenta ikke ønsket dette selv.¹⁷⁶

Foreldre i konflikt med hverandre som ikke er villige til å samarbeide, kan også være svært uheldig for barnet. Men i utgangspunktet vil negative reaksjoner hos bostedsforelderen ikke begrense samværsretten.¹⁷⁷ Barnets rett til samvær med begge foreldre, og deres gjensidige ansvar for oppfølging av samværsretten er lovfestet i § 42, 1. ledd.¹⁷⁸

I rettspraksis er det blitt uttalt at; *”Motvilje mot samvær hos den, barnet bor sammen med, grunnet på motsetninger mellom foreldrene, engstelse for barnet eller lignende vil i utgangspunktet ikke hindre samværsrett, jf Rt.1976.1497.”* I dommen henvises til en sentral dom i denne forbindelse, nemlig Rt.1976.1497 hvor retten sa følgende; *”Men skulle domstolene i slike tilfelle bøye av for motviljen, ville den ordning loven har påbudet som den normale, lett kunne bli uthult. Domstolene treffer sine avgjørelser i disse saker ut fra det de mener er best for barnet, og det må kreves at begge parter retter seg etter en endelig dom i saken.”* Også i nyere rettspraksis er denne linjen videreført.¹⁷⁹

Ifølge rettspraksis er det særlig i tilfeller hvor forholdet mellom foreldrene er anspent, er det ofte behov for å presisere samværsordningen, slik at domstolen fastsetter en detaljert samværsplan.¹⁸⁰ Det er som oftest slik at domstolene fastsetter en detaljert plan, da foreldre som reiser sak om barnefordelingen vanligvis også har et anspent forhold til hverandre.

Men selv om motvilje fra bostedsforelderen vanligvis ikke kan hindre samvær, må det være rom for unntak. Dersom konfliktnivå mellom foreldrene setter barnet under utilbørlig psykisk press, for eksempel hvis barnet befinner seg i en lojalitetskonflikt, kan det i ytterste konsekvens føre til samværsnekt.

¹⁷⁵ Jf. Rt.1987.456

¹⁷⁶ Jf. Rt.1997.797 hvor Høyesterett kom til at jentas ønske var et resultat av hennes lojalitet overfor moren, og uttalte at: *”Det er grunn til å tro at hennes tilsynelatende uvilje mot besøk hos faren kan bli mindre når tvisten mellom foreldrene om omsorgen blir avsluttet.”*

¹⁷⁷ Jf. Rt.1989.148

¹⁷⁸ Se nærmere omtale i kapittel 3 under punkt 3.3.5.1.

¹⁷⁹ Se Rt.1996.888 hvor konflikt mellom foreldrene ikke ga grunnlag for å nekte far samvær med sin datter.

¹⁸⁰ Se Rt.2004.47.

4.3.4.2 Samværsrettens omfang

Hvilket omfang samværet skal ha, må fastsettes etter en konkret helhetsvurdering med utgangspunkt i hva som vil være best for det enkelte barnet, jf. bl § 48.

Med omfang menes både hyppigheten og varigheten på samværene. Eksempelvis varierer det om det skal fastsettes time, dag eller døgnsamvær.

Samværsrettens omfang er avhengig av barnets eget ønske. Barnets med- og selvbestemmelsesrett blir større, jo eldre og mer modent barnet er, jf. §§ 31 og 33.¹⁸¹ Derfor er barnets alder og utvikling også et relevant moment i seg selv som oftest er utgangspunktet for vurderingen. Barn i forskjellige alder har ulike behov, som må tas hensyn til under utformingen av samværsordningen.

Særlig småbarn trenger stabilitet i hjemmet med faste rutiner og konsekvent oppdragelse. Derfor vil ofte kortvarige, men hyppige samvær, eksempelvis flere ettermiddager i uken, fungere bedre enn lengre opphold med overnatting. Spedbarn som ammes kan for eksempel ikke være borte fra mor i mer enn noen timer.

I en dom anså Høyesterett et tre uker sammenhengende samvær for å være for lenge for et barn på 4 ½ år, og fastsatte isteden kortere men hyppigere samvær på to helgesamvær i måneden.¹⁸²

Videre vil den geografiske avstand mellom foreldrene være av betydning ved fastsettelsen av samværsrettens omfang. Vanligvis vil det ved lang avstand mellom foreldrene passe bedre med mindre men til gjengjeld noe lengre samvær.¹⁸³ I slike tilfeller vil for eksempel "*vanlig samvær*" etter loven være lite praktisk.¹⁸⁴

Samværet må også tilpasses foreldrenes arbeidstid. Noen foreldre jobber skift, eksempelvis industriarbeidere eller ansatte i helsesektor. I enkelte bransjer, som for eksempel i fiskeri- og oljenæringen, jobber folk til og med i flere uker eller måneder før de har fri i en lengre periode. Når domstolene fastlegger omfanget av samværet må det tas hensyn til slike omstendigheter.¹⁸⁵

¹⁸¹ Se nærmere omtale i kapittel 3 under punkt 3.2.1 og 3.2.2

¹⁸² Jf. Rt.1976.546 hvor det også var langvarig mangel på kontakt mellom far og datter som førte til at samværet i en overgangsperiode fant sted på dagtid og på barnets hjemsted.

¹⁸³ Se Rt.1983.117 hvor foreldrene bodde lagt fra hverandre, og samværsretten derfor var mer sjelden, men over et noe lengre tidsrom.

¹⁸⁴ Se nærmere omtale av vanlig samvær i kapittel 3 under punkt 3.3.5.3

¹⁸⁵ Se for eksempel Rt.1996.420 hvor samværsretten ble tilpasset den samværsberettigedes skiftarbeid.

Et annet moment i vurderingen er barnets tilknytning til den samværsberettigede. Dersom den samværsberettigede aldri har møtt barnet, eller i mer eller mindre grad har mistet kontakten med barnet, vil det være nødvendig å begynne med en overgangsordning som trappes opp etter hvert. I begynnelsen er samværsretten gjerne mer begrenset enn normalt, kanskje bare noen timer i måneden. Etter hvert som barnet og samværsforelderen blir kjent med hverandre gjennomføres samværet hyppigere og lenger. I slike tilfeller er det viktig å komme frem til en samværsordning som er skånsom for barnet.

Den samværsberettigedes karaktertrekk er av særlig betydning for samværsordningen. Enkelte forhold, som for eksempel alkoholisme, mangel på bolig, soning av fengselstraff og lignende, kan medføre redusert samvær.¹⁸⁶ At en av foreldrene tilhører en spesiell trosretning kan også få betydning for utformingen av samværet.¹⁸⁷

Også sjikanøs oppførsel overfor bostedsforelderen er av betydning i vurderingen om hvilket omfang samværet skal ha.¹⁸⁸

4.3.5 Andre relevante hensyn ved siden av barnets beste

Retten har adgang til å ta andre hensyn enn hensynet til barnets beste i betraktning ved avgjørelser i barnefordelingssaker, jf. *"først og fremst"* i bl § 48.

Forarbeidene åpner for at hensynet til foreldrene kan anvendes som argument, når ingen av løsningene peker seg ut som den beste for barnet.¹⁸⁹ Høyesterett er av samme oppfatning når flertallet i dommen viser til ordene *"først og fremst"* i § 48 og uttaler at de forstår dette slik at *"bare når ingen av løsningene utpeker seg som den beste for barnet, kan andre hensyn komme inn ved avgjørelsen"*.¹⁹⁰

Foreldrenes ønske og behov kan nevnes som selvstendig argument.¹⁹¹ Det er ikke selvsagt at hensynet til foreldrene er en motsetning til hensynet til barnets beste. En ordning som begge foreldrene samlet sett er mest fornøyde med kan være til barnets beste. I tilfeller

¹⁸⁶ I noen tilfeller kan alkoholisme også fører til samværsnekt. Se nærmere ovenfor under punkt 5.3.4 a.

¹⁸⁷ Se Rt.1993.998 hvor moren var medlem av Jehovas vitner, fastslå retten at barna burde feire sine fødselsdager og spesielle høytidsdager hos far, fordi det stred mot mors livssyn å feire disse.

¹⁸⁸ Jf. Rt.1986.82 hvor faren bare fikk meget begrenset samvær med sin ti år gamle datter, fordi retten mente at hans uheldige og plagesomme opptreden overfor moren var uttrykk for mer varig karaktertrekk.

¹⁸⁹ Jf. Innst.O.nr.30 (80/81) s.14

¹⁹⁰ Jf. Rt.1984.728 hvor mindretallet ikke ga uttrykk for noe avvikende syn på dette punktet.

¹⁹¹ Se Rt.1985.179 hvor retten la vekt på morens tap dersom hun ikke skulle få omsorgen.

hvor begge alternativer er like bra, og forholdene ellers er like, kan et slikt argument tillegges vekt. Men det er bare unntaksvis at foreldrenes ønske og behov tillegges vekt.¹⁹²

Det kan også tenkes at det blir lagt vekt på at dommen virker allmennpreventiv. Det blir for eksempel gjort i Kenyadommen, hvor barnet ble flyttet til moren fordi faren rettsstridig hadde bortført barna. Retten uttalte at det ellers ville være å belønne farens rettsstridige atferd.¹⁹³ Det kan imidlertid også tenkes at barna blir flyttet på grunn av individuellpreventive hensyn, slik at det ikke skal skje igjen.

Men slike rettsstridige handlinger kan ofte komme inn via foreldrenes personlige egenskaper. En forelder som bortfører barnet sitt eller saboterer barnets samvær med den samværsberettigede, handler sjelden ut fra barnets interesser, dog heller sine egne. Derfor kan retten komme frem til at vedkommende ikke er den som er best egnet til å ha omsorgen for barnet.

¹⁹² Se Rt.1985.707 hvor argumentet blir avvist.

¹⁹³ Jf. Rt.1989.176

5. Rechtsregler om Elterliche Sorge og Umgangsregelung¹⁹⁴

5.1 Generelt

I utgangspunktet avgjøres spørsmål om foreldreansvar, barnets faste bosted og samværsretten av foreldrene selv.¹⁹⁵ I en såkalt Elternvereinbarung (foreldreoverenskomst) avtaler foreldrene hvordan de vil organisere sitt forhold til barnet i fremtiden.¹⁹⁶ Slike avtaler skal, så langt det er mulig, erstatte rettslige avgjørelser. Derfor har foreldreoverenskomster stor betydning i dagliglivet.

Det finnes imidlertid ett unntak, dersom foreldrene vil fravike lovens hovedregel om fortsatt felles foreldreansvar etter samlivsbrudd, må saken behandles av domstolen. Slik tvingen domstolsbehandling gjelder, selv om foreldrene er enige om at en av dem skal ha foreldreansvaret alene, jf. BGB § 1671, 1. ledd.¹⁹⁷

Likeså må avtaler om barnets faste bosted eller samværsretten behandles av familiedomstolen for å få tvangskraft.

Foreldrene som er uenige om spørsmål knyttet til barnefordeling kan bringe saken inn til domstolsbehandling. Rettsavgjørelser om barnefordeling i Tyskland blir behandlet i avhandlingens kapittel 6.

5.2 Materielle regler

De materielle rettsreglene om barnefordeling (Elterliche Sorge und Umgangsregelung) finnes i BGB, Buch 4. Familienrecht, Titel 5. Elterliche Sorge.

I vurderingen av spørsmål om barnefordeling skal det tas ulike hensyn, som for eksempel hensynet til barnets beste¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Begrepene oversettes til foreldreansvar og samværsordning.

¹⁹⁵ Det kalles for Elternautonomie (foreldreautonomi).

¹⁹⁶ Avtaler om foreldreansvar kalles for Sorgevereinbarung, mens Umgangsvereinbarung er betegnelsen for avtaler om samværsretten.

¹⁹⁷ Se nærmere omtale under punkt 5.2.2.2.

¹⁹⁸ Se omtalen i kapittel 6

5.2.1 Barnets medbestemmelsesrett

Lovgiveren oppfordrer foreldrene i barneoppdragelsen til å ta hensyn til barnets voksende evne og behov til å handle selvstendig og ansvarsbevisst, jf. BGB § 1626, 2. ledd, 1. punktum. Før foreldrene tar avgjørelser om barnets personlige forhold skal de så langt det er mulig med hensyn til alder og modenhet lytte til hva barnet har å si, jf. BGB § 1626, 2. ledd, 2. punktum. At foreldrene skal ta hensyn til barnets mening er imidlertid ikke ensbetydende med at de alltid skal følge denne. Barnet skal tas med i beslutningsprosessen for å komme frem til en riktig avgjørelse. Det innebærer at foreldrene skal drøfte avgjørelser med barnet for å prøve å komme frem til enighet. Dersom de ikke oppnår enighet, er det foreldrene som bestemmer.¹⁹⁹

Selv om oppdragelsen skal skje i fellesskap med barnet, innrømmes barnet ingen generell medbestemmelsesrett.

Ved valg av utdanning og yrke følger det direkte av loven at foreldrene skal ta særlig hensyn til barnets egnethet og ønske, jf. BGB § 1631a.

Foreldrene skal snakke med barnet om spørsmål angående barnefordeling, så langt det er mulig ut fra hensyn til dets modenhet.

I rettsavgjørelser om barnefordelingen skal barn alltid høres, med mindre foreldrene er enige om spørsmålet.²⁰⁰ Derimot er spedbarn og småbarn naturligvis unntatt fra høringsplikten. I slike tilfeller kan retten likevel gjør seg et bilde av barnets tilknytning gjennom observasjon av barnet i samspill med sine foreldre eller gjennom en sakkyndig undersøkelse. Slike metoder kan imidlertid bare brukes med foreldrenes samtykke. I rettspraksis gis vanligvis barn fra fem seks års alderen rett til å uttale seg.²⁰¹ Barnet må i alle fall høres etter fylte 14 år, da barn i denne alderen har en slags klageadgang etter BGB § 1671, 2. ledd nr.1.²⁰² Det følger også av loven at barn etter fylte 14 år alltid skal få si sin

¹⁹⁹ Se BT-Drs. 7/2060 s.17 og BT-Drs. 8/2788 s.45.

²⁰⁰ Foreldrenes avtaler om barnefordeling må domstolsbehandles for at de gis tvangskraft. Dersom foreldrene er enige, er domstolen bundet av deres påstander uten å kunne foreta en barnets beste vurdering. Se nærmere omtale i kapittel 6 under punkt 6.3.2 a.

²⁰¹ Se Oelkers (2004) s.155

²⁰² Hvis barnet motsir seg foreldrenes avtale om foreldreansvaret, gis familiedomstolen adgang til å foreta en barnets beste vurdering av foreldrenes forslag. Se nærmere omtale i kapittel 6 under punkt 6.3.2 a.

mening, jf. FGG § 50b, 2. ledd, 1. punktum Familiedomstolen kan imidlertid ikke tvinge eller lure barnet til å si sin mening.²⁰³

Loven operer ikke med noen absolutt aldersgrense for når barnets mening skal tillegges stor vekt. Hvordan retten vektlegger barnets mening må avgjøres individuelt i hvert enkelt tilfelle. Men det følger av BGB § 1671, 2. ledd nr.1 at meningen til barn skal tillegges betydelig vekt etter fylte 14 år. Bestemmelsen inneholder en selvstendig klageadgang for barnet.²⁰⁴ Ifølge forarbeidene er det avgjørende om barnet forstår rekkevidden av sine valg.²⁰⁵ I praksis vektlegges momentet mer i samsvar med barnets økende alder og modenhet. Ifølge juridisk teori kan hensynet til et 16 år gammelt barns ønske bare tilsidesettes, dersom særlige grunner taler for det.²⁰⁶

5.2.2 Foreldreansvaret (Elterliche Sorge)

5.2.2.1 Foreldreansvarets innhold

I BGB § 1626, 1. ledd, 1. punktum defineres foreldreansvarets innhold. Bestemmelsen gir den som har foreldreansvaret både plikt og rett til å ta seg av barnet, uavhengig av om barnet bor sammen med vedkommende eller ikke.

Men foreldrene står ikke helt fritt i sin utøvelse av foreldreansvaret, den må være i samsvar med barnets beste, jf. BGB § 1627 første punktum. Likeså begrenses foreldrenes bestemmelsesrett av lovpålagte plikter, som for eksempel barnets skoleplikt. Foreldrene skal også ta hensyn til barnets mening, jf. BGB § 1626, 2. ledd.²⁰⁷

Videre har barnet rett til en oppdragelse uten bruk av vold, jf. BGB § 1631, 2. ledd, 1. punktum. Det fremgår av andre punktum at fysiske avstraffelser, psykiske krenkelser og andre nedverdiggende omsorgsmetoder ikke er tillatt. Flere krav om hvordan omsorgen skal utøves nevnes imidlertid ikke. Men det finnes en nedre grense for hva som kan anses som

²⁰³ Jf. OLG Rostock DAVorm 1995, 1150

²⁰⁴ Se nærmere omtale ovenfor.

²⁰⁵ Se BT-Drs. 7/2060 s.16.

²⁰⁶ Se Oelkers (2004) s.122

²⁰⁷ Se nærmere omtale ovenfor under punkt 4.2.1

forsvarlig. Dersom omsorgen ligger under et viss minstemål²⁰⁸, kan det offentlige gripe inn.²⁰⁹

Foreldreansvaret skal utøves på eget ansvar og i foreldrenes gjensidig overensstemmelse, jf. BGB § 1627 første punktum. Ved uenighet må foreldrene prøve å bli enige, jf. BGB § 1627 andre punktum. Dersom de ikke klarer å bli enige ved enkelte avgjørelser eller ved bestemte typer avgjørelser om forhold som er av stor betydning for barnet, så kan enhver av dem søke familiedomstolen om overdragelse av avgjørelsesmyndighet til seg selv, jf. BGB § 1628 første punktum. Retten har adgang til å tillegge deler av foreldreansvaret til bare en av foreldrene, mens resten av foreldreansvaret forblir felles.

Foreldreansvaret er todelt, og omfatter bestemmelsesretten for barnet i personlige (Personensorge) og økonomiske (Vermögenssorge) forhold, jf. BGB § 1626, 1. ledd, 2. punktum. Med andre ord finnes det ikke noe skille mellom foreldreansvar og vergemål²¹⁰. Dessuten omhandler foreldreansvaret også barnets rettslige representasjon både i personlige og økonomiske forhold, jf. BGB § 1629, 1. ledd, 1. punktum.

a) Personensorge

Personensorge, som først og fremst dreier seg om den faktiske omsorgen, omfatter samtlige forhold som angår barnets person. Innholdet er ikke mulig å fastlegge nøyaktig, derfor angir loven kun noen viktige eksempler. Loven er ikke uttømmende.

Foreldrene skal først og fremst pleie, oppdra, holde oppsyn og bestemme barnets opphold, jf. BGB § 1631, 1. ledd. Foreldreansvaret innebærer også avgjørelsesmyndighet i forhold til utdanning og av jobb²¹¹, og samvær med andre personer²¹², jf. BGB § 1631, 2. ledd. Foreldrene kan også kreve barnet utlevert, dersom noen holder barnet urettmessig borte fra dem, jf. § 1632 BGB, 1. ledd.

²⁰⁸ Defineres som "Gefährdung des Kindeswohls" (fare for barnets beste), for eksempel når barnet blir mishandlet eller forsømt.

²⁰⁹ Jf. BGB §§ 1666 til 1667. Dette kalles for "staatliches Wächteramt".

²¹⁰ Rettsreglene om økonomiske forhold behandles imidlertid ikke, siden dette ville gå utover grensen for avhandlingens tema, se avgrensningen i kapittel 1.

²¹¹ Jf. BGB § 1631a

²¹² For eksempel besteforeldre eller venner.

Ifølge juridisk teori omfattes også alle andre omsorgs- og beskyttelsestiltak²¹³, herunder foreldrenes rett og plikt til å velge barnets navn og religion, å gi samtykke til medisinske behandlinger og inngrep, samt å gjøre barnets eventuelle rettslige krav²¹⁴ gjeldene.²¹⁵

b) Rettslig representasjon

Med barnets rettslige representasjon menes ethvert gjøremål med rettsvirkning for barnet på grunn av bestemte lovbestemte forskrifter, som for eksempel kontraktsinngåelse. Likeså omfattes samtykke til medisinske behandlinger og inngrep, samt søknader til det offentlige. Hovedregelen er at foreldrene opptrer sammen på vegne av barnet, jf. BGB § 1629, 1. ledd, 2. punktum. Foreldrene må med andre ord være enige. Men en eventuell oppgavedeling mellom foreldrene er tillatt. For eksempel kan foreldrene avtale at mor står for barnets oppdragelse mens far er på jobb. Dersom barnet vil delta på skoletur og trenger foreldrenes tillatelse, så er det i slike tilfeller tilstrekkelig med mors samtykke.

Dersom en av foreldrene har foreldreansvaret alene eller har fått overdratt avgjørelsesmyndighet etter § 1628, så representerer vedkommende barnet alene.

I haste- og nødssituasjoner er enhver av foreldrene unntaksvis berettiget til å foreta det som er nødvendig for å ivareta barnets beste, jf. BGB § 1629, 1. ledd, 4. punktum. Men den andre skal informeres umiddelbart.

5.2.2.2 Hvem har foreldreansvaret?

Det er grunnlovfestet at foreldreansvaret tilkommer barnets foreldre, jf. Grundgesetz (GG)²¹⁶ art.6, 2. ledd. Videre beskyttes foreldrenes rett til barneoppdragelse mot inngrep fra staten, med mindre det er lovregulert.²¹⁷ Det betyr at dersom noen andre, som for eksempel barnehagen eller domstolen, vil bestemme over barnets forhold, kreves det foreldrenes samtykke eller rettslig hjemmel.

²¹³ Jf. Niederle (2005) s.23

²¹⁴ Eksempelvis erstatningskrav eller underholdsbidrag.

²¹⁵ Se Oelkers (2004) s.36

²¹⁶ GG betyr Grunnloven.

²¹⁷ Bestemmelsen blir ikke omhandlet nærmere, fordi det gjelder forholdet mellom foreldre og det offentlige som faller utenfor avhandlingen, se avgrensingen i kapittel 1.

I utgangspunktet er det barnets biologiske foreldre²¹⁸ som innehar foreldreansvaret, men det kan også være adoptivforeldre²¹⁹.

Rettsreglene om foreldreansvar er noe ulike for foreldre som er eller har vært gifte og foreldre som ikke er det.

a) Foreldrene som er gift eller har vært gift med hverandre

Foreldrene har foreldreansvar sammen for felles barn dersom de er gifte, jf. analogisk tolkning²²⁰ av BGB § 1626a, 1. ledd nr.2, som egentlig fastslår at ugifte foreldre får felles foreldreansvar for barnet dersom de gifter seg etter fødselen.

Selv etter separasjon eller skilsmisse forblir foreldreansvaret felles, med mindre en av foreldrene eller begge reiser sak om foreldreansvaret, jf. BGB § 1671, 1. ledd. Det innebærer at selv om foreldrene er enige om å fravike hovedregelen med felles foreldreansvar, så må de gå rettens vei for at ordningen skal bli rettskraftig, se BGB § 1671, 2. ledd nr.1.²²¹ Ifølge forarbeidene er det først og fremst opp til foreldrene om de vil involvere retten eller om de vil beholde foreldreansvaret sammen.²²²

b) Foreldre som er ugifte og heller ikke har vært gift før

I utgangspunktet har moren foreldreansvaret alene, jf. BGB § 1626a, 2. ledd. Men foreldrene får felles foreldreansvar når de gifter seg eller erklærer at de vil utøve foreldreansvaret sammen²²³, jf. BGB § 1626a, 1. ledd nr.1 og nr.2. Det er imidlertid ingen forutsetning for felles foreldreansvar at foreldrene bor sammen.²²⁴ Men far har ikke mulighet til å få del i foreldreansvaret dersom mor motsetter seg.²²⁵ Med andre ord familiedomstolen kan ikke pålegge foreldrene å utøve foreldreansvaret sammen.

Lovgiveren begrunner hovedregelen om mors foreldreansvar med at felles foreldreansvar bør baseres på at begge foreldre er villige. Forarbeidene presiserer at barn ikke bare blir

²¹⁸ Jf. BGB §§ 1591 flg.

²¹⁹ Jf. BGB §§ 1741 flg.

²²⁰ Det betyr at en bestemmelse ikke bare få anvendelse på forhold som dekkes av ordlyden, men også på lignende forhold, se Jussleksikon (1999).

²²¹ Se nærmere omtale i kapittel 6

²²² Jf. BT-Drucks 13/4899 s.63

²²³ Slik meddeling kalles for Sorgeerklæring som må attesteres av Jugendamt eller notarius. Jugendamt er en offentlig institusjon som kan sammenlignes med det norske barnevernet.

²²⁴ BT-Drucks. 13/4899 s.58 flg.

²²⁵ Det finnes ingen lovhemmel for at far kan reise sak om felles foreldreansvar.

født inn i harmoniske fellesskap. Det uttales at automatisk felles foreldreansvar særlig når foreldrene ikke bor sammen, kan føre til konflikter som ofte vil gå ut over barnet.²²⁶

Dessuten kan barnets far bare få foreldreansvaret alene dersom moren samtykker og familieretten kommer frem til at det er i samsvar med barnets beste, jf. BGB § 1672, 1. ledd.²²⁷

c) ved dødsfall

Foreldreansvar for barnet opphører ved dødsfall, jf. BGB § 1677.

Ved felles foreldreansvar overtar den gjenlevende foreldreansvaret alene, jf. BGB § 1680, 1. ledd. Bestemmelsen gjelder uavhengig av foreldrenes sivilstand.

Når den avdøde har foreldreansvaret alene, må familiedomstolen foreta en vurdering av barnets beste²²⁸. Dersom den avdøde hadde foreldreansvaret alene, fordi vedkommende fikk tildelt foreldreansvaret etter separasjon eller skilsmisse²²⁹, skal familiedomstolen overdra foreldreansvaret til den gjenlevende av foreldrene, såfremt det ikke strider mot barnets beste, jf. BGB § 1680 2. ledd, 2. punktum.

Hadde den avdøde mor derimot foreldreansvaret alene etter reglene i BGB § 1626a, 2. ledd²³⁰, skal retten overdra foreldreansvaret til far, dersom det gagnar barnets beste, § 1680, 2. ledd, 2. punktum. Loven oppstiller ulike krav for foreldre som på et eller annet tidspunkt før hadde del i foreldreansvaret og for fedre som aldri har hatt del i foreldreansvaret.

Denne forskjellen innebærer at terskelen for at familiedomstolen tilkjenner foreldreansvaret til far som aldri har hatt del i foreldreansvaret er noe høyere, enn dersom han en gang tidligere har hatt del i foreldreansvaret. Lovgiveren begrunner de ulike barnets beste vurderinger med at far som aldri har hatt del i foreldreansvaret, vanligvis heller ikke lever sammen med mor i et stabilt ekteskapslignende forhold, som innebærer at barnet heller ikke har regelmessig kontakt med sin far.²³¹

²²⁶ BT-Drucks. 13/4899 s.58 flg.

²²⁷ Se nærmere omtale i kapittel 6.

²²⁸ Se nærmere omtale til barnets beste vurdering i kapittel 6.

²²⁹ Etter BGB §§ 1671 eller 1672

²³⁰ Mor har foreldreansvaret alene, dersom hun og barnets far ikke er gifte, og heller ikke har avgitt erklæring om felles foreldreansvar.

²³¹ Se BT-Drs. 13/4899 s.102.

5.2.3 Barnets faste bosted

5.2.3.1 Hvor skal barnet bo fast? (Aufenthaltsbestimmungsrecht)

a) Ved felles foreldreansvar

Foreldreansvaret inneholder bestemmelsesretten i forhold til hvor barnet skal oppholde seg, jf. BGB § 1631, 1. ledd. Det innebærer at foreldrene har avtalefrihet, og må bli enige om hvor barnet skal bo fast. Men avgjørelsen må være i samsvar med barnets beste, jf. BGB § 1627. For at avtalen skal gis tvangskraft, må den imidlertid domstolsbehandles.²³² Ifølge juridisk teori²³³ finnes tre bostedsvarianter som foreldrene kan velge mellom. For det første kan foreldrene avtale at barnet bor fast hos den ene, men har ofte samvær med den andre.²³⁴ For det andre kan det avtales at barnet har sitt bosted i samme bolig, mens foreldrene bor der vekselvis sammen med barnet.²³⁵ Den siste varianten er at barnet vekselvis og helst like lenge bor hos en av foreldrene.²³⁶

Dersom foreldrene ikke klarer å bli enige, kan de reise sak i spørsmålet om barnets faste bosted, jf. §§ 1628 og 1671, 1. ledd.²³⁷

b) Når kun en av foreldrene har foreldreansvar

Barnets faste bosted er avhengig av at vedkommende har foreldreansvar. Den som har foreldreansvar bestemmer barnets bosted, jf. BGB § 1631, 1. ledd. Men vedkommende kan ikke bestemme at barnet skal bo med den andre av foreldrene som ikke har del i foreldreansvaret, da barnet bare kan bo hos den som innehar foreldreansvaret, jf. BGB § 11.

²³² Se Oelkers (2004) s. 174. Se nærmere omtale om reglene for domstolsbehandling av bostedsspørsmålet i kapittel 6 under punkt 6.3.3.

²³³ Se Oelkers (2004) s.124 og 125

²³⁴ Denne varianten kalles for Eingliederungsmodell og blir mest brukt av foreldrene.

²³⁵ Her dreier det seg om Nestmodell.

²³⁶ Dette kalles for Wechselmodell og tilsvarende det som forstås med delt bosted i Norge.

²³⁷ Se nærmere omtale i kapittel 6.

5.2.3.2 Bostedsforelderens avgjørelsesmyndighet

Ved felles foreldreansvar bestemmer foreldre fortsatt sammen i forhold som er av stor betydning for barnet, jf. BGB § 1687, 1. ledd, 1. punktum. Bestemmelsen gjelder for alle foreldre uansett sivilstatus, se BGB § 1687.

Med forhold av stor betydning menes alle beslutninger som påvirker barnets videre liv og utvikling, som for eksempel avgjørelser om barnehage, skole, utdanning, religion, feriereiser og medisinske inngrep.²³⁸ Ifølge juridisk teori omhandles også spørsmål om flytting og utvandring.²³⁹

Unntaket er haste- og nødssituasjoner, hvor enhver av foreldrene er berettiget til å foreta det som er nødvendig for å ivareta barnets beste, jf. BGB § 1629, 1. ledd, 4. punktum. For eksempel når barnet utsettes for et uhell og trenger en nødoperasjon. I slike tilfeller kan den som er sammen med barnet gi sitt samtykke, selv om foreldrene har felles foreldreansvar og skal bestemme sammen.

Derimot tilkommer avgjørelser om dagliglivet²⁴⁰ den av foreldrene, barnet vanligvis bor sammen med, jf. BGB § 1687, 1. ledd, 2. punktum. Slike avgjørelser forekommer vanligvis ofte uten å ha stor innvirkning på barnets utvikling, jf. BGB § 1687, 1. ledd, 3. punktum. Eksempelvis²⁴¹ omfattes spørsmål om skolehverdagen²⁴², måltider, soverutiner, fritidsaktiviteter, samvær med venner, lommepenger og barnets vanlige medisinske forsørgelse²⁴³.

Bostedsforelderens utøver både den faktiske omsorgen og representerer barnet i forhold som gjelder dagliglivet.

Dersom en av foreldrene utøver foreldreansvaret alene, bestemmer vedkommende både i forhold som er av stor betydning for barnet og i avgjørelser om dagliglivet.

Dessuten kan ektefellen til den av foreldrene som har foreldreansvaret alene, bestemme for barnet i forhold om dagliglivet, jf. BGB § 1687b, 1. ledd. Det forutsettes imidlertid at den som har foreldreansvaret alene er enig i at steforelderens har en slik bestemmelsesrett. Steforelderens tilkommer i likhet med barnets foreldre også en bestemmelsesrett for barnet i haste- og nødssituasjoner, jf. BGB § 1687b, 2. ledd. Men familieretten kan begrense eller

²³⁸ Se Oelkers (2004) s.126 flg.

²³⁹ Se Oelkers (2004) s.126.

²⁴⁰ Det kalles for Alltagssorge

²⁴¹ Se Oelkers (2004) s.127 flg.

²⁴² Her siktes det til beslutninger om støtteundervisning og tillatelse til deltakelse i skolearrangementer.

²⁴³ Herunder faller behandling av barnesykdommer og lettere skader, samt barnets tannhelse.

nekte slikt avgjørelsesmyndighet, dersom det er nødvendig med hensyn til barnets beste, jf. BGB § 1687b, 3. ledd.

5.2.4 Samværsrett (Umgangsrecht)

5.2.4.1 Hvem har samværsrett?

a) Barnet

Ifølge loven har barnet rett til samvær med begge foreldre, jf. BGB 1684, 1. ledd, 1. punktum. Bestemmelsen fastslår at barnets samvær med foreldrene vanligvis vil være til beste for barnet, jf. BGB 1626, 3. ledd, 1. punktum.

Barnets rett til samvær gjelder uavhengig av om det er født innenfor eller utenfor ekteskap. Likeså er det uten betydning om foreldrene har felles foreldreansvar. Foreldrene er forpliktet til å bidra, slik at samværsretten kan gjennomføres. Ifølge BGB § 1684, 2. ledd, 1. punktum er begge foreldrene forpliktet til å unnlate alt som vanskeliggjør barnets forhold til den andre. Men ifølge forarbeidene innebærer barnets samværsrett ingen samværsplikt som kan kreves tvangsgjennomført ved dom, fordi en slik tvungen kontakt sjelden er i barnets interesser.²⁴⁴ Lovgiveren ønsker først og fremst en bevisstgjøring hos foreldrene at de ikke bare har rett til samvær med barnet, men i henblikk til barnets beste også plikt til å muliggjøre samværet.²⁴⁵

b) Foreldrene

Enhver av foreldrene har plikt og rett til samvær med barnet, jf. BGB § 1684, 1. ledd, 2. punktum. Bestemmelsen gjelder uavhengig av foreldrenes sivilstand, og selv om vedkommende aldri har bodd sammen med barnet.

I utgangspunktet har foreldrene avtalefrihet i forhold til samværsretten. Foreldrenes samværsrett kan bare begrenses eller utelukkes, dersom det er nødvendig med hensyn til barnets beste, jf. § 1626, 3. ledd, 1. punktum.

Ifølge forarbeidene er formålet med samværsretten blant annet at den av foreldrene som barnet ikke bor hos, kan følge fortløpende med på barnets utvikling og helse. Dessuten vil

²⁴⁴ Jf. BT-Drs.13/4899 s.68

²⁴⁵ Jf. BT-Drs.13/4899 s.68

det i utgangspunktet være i barnets interesse å opprettholde og fremme kontakten mellom barnet og den samværsberettigede, for å motvirke en fremmedgjøring.²⁴⁶

c) Andre

Andre personer enn foreldre som barnet er knyttet til kan også få rett til samvær med barnet, dersom det vil fremme barnets utvikling, jf. BGB § 1626, 3. ledd, 2. punktum. Hvem som hører til samværskretsen bestemmes i § 1685.

Besteforeldre og søsken kan ha rett til samvær med barnet, dersom det er til barnets beste, jf. BGB § 1685, 1. ledd.

Dette gjelder tilsvarende for andre nært knyttede personer, hvis de har eller har hatt den faktiske omsorgen for barnet²⁴⁷, jf. BGB § 1685, 2. ledd, 1. punktum. Ifølge lovgiveren regnes vanligvis det å ha bodd sammen med barnet over lengre tid som å ha den faktiske omsorgen, jf. BGB § 1685, 2. ledd, 2. punktum. Det er først og fremst steforeldre og fosterforeldre som loven sikter til.

Foreldrene skal ikke vanskeliggjøre barnets forhold til andre personer som er samværsberettigede, se BGB § 1685, 3. ledd, jf. § 1684, 2. ledd, 2. punktum. Familiedomstolen kan avgjøre samværets omfang og regulere samværsrettens utøvelse også ovenfor andre personer som er samværsberettigede, se BGB § 1685, 3. ledd, jf. § 1684, 3. ledd.

Det fremgår av forarbeidene²⁴⁸ at en slik samværsrett er i stor grad avhengig av om det er til beste for barnet og barnets eget ønske. Videre kan strid mellom den samværsberettigede etter BGB § 1685 og foreldrene²⁴⁹ føre til samværsnekt. Likedan kan skje dersom vedkommendes samværsrett som konkurrerer med tiden foreldrene har med barnet, anses som en belastning for barnet, og dermed virker mot sin hensikt²⁵⁰.

²⁴⁶ Se BT-Drs.13/4899 s.68

²⁴⁷ Her siktes det til sosialfamiliær kontakt.

²⁴⁸ Jf. BT-Drs.13/4899 s.154

²⁴⁹ Det kan være den som har foreldreansvar, den andre av foreldrene som har rett til samvær eller begge to.

²⁵⁰ Hensikten er å fremme barnets beste.

5.2.4.2 Samværsrettens innhold

Den samværsberettigede har rett til å treffe avgjørelser i forhold som gjelder den faktiske omsorgen av barnet, jf. BGB §§ 1687, 1. ledd, 4. og 5. punktum og 1687a. Avgjørelser om den faktiske omsorgen overlapper vanligvis med avgjørelser om dagliglivet, for eksempel spørsmål om kosthold, soverutiner og fritidsaktiviteter.²⁵¹

Men i motsetning til bostedsforelderen mangler den samværsberettigede myndighet til å kunne representere barnet. Dette innebærer eksempelvis at vedkommende ikke har myndighet til å gi sitt samtykke til at barnet kan delta på en skoletur. Denne myndigheten har kun bostedsforelderen.²⁵²

Det gjøres unntak i haste- og nødssituasjoner, hvor den samværsberettigede har bestemmelsesretten alene til å foreta alt som er nødvendig med hensyn til barnets beste, se BGB §§ 1687, 1. ledd, 5. punktum og § 1687a, jf. § 1629, 1. ledd, 4. punktum.

Den samværsberettigede kan kreve opplysninger om barnets personlige forhold fra bostedsforelderen, med mindre det strider mot barnets beste. Likeså har bostedsforelderen krav på disse opplysninger, mens barnet er sammen med den samværsberettigede, jf. BGB § 1686 første punktum. Dersom det skulle oppstå uenigheter i slike tilfeller kan retten avgjøre spørsmålet, jf. BGB § 1686 andre punktum.

Den samværsberettigede som ikke har del i foreldreansvaret har heller ikke noe oppdragelsesrett, slik at vedkommendes utøvelse av samværet ikke må stride mot bostedsforelderens oppdragelse av barnet.

5.2.4.3 Samværsrettens omfang og gjennomføring

Foreldrene har avtalefrihet i forhold til samværsrettens omfang og gjennomføring, siden de vanligvis kjenner best til barnet og dets behov. Samværet må vurderes konkret og helhetlig i hvert enkelt tilfelle.

Men foreldrenes bestemmelsesrett begrenses gjennom barnets medbestemmelsesrett, jf. BGB § 1626, 2. ledd.

Foreldrene må ta hensyn til barnets alder, fordi det er av stor betydning ved fastsettelsen av samværsordningen. Når det dreier seg småbarn er for eksempel hyppige og korte samvær

²⁵¹ Se BT-Drs. 13/4899 s.107.

²⁵² Se nærmere ovenfor under punkt 5.2.4.2 Bostedsforelderens avgjørelsesmyndighet.

mer hensiktsmessige enn helgesamvær, fordi småbarn ikke kan være borte så lenge fra hovedomsorgspersonen. Hvis det er flere barn i ulike alder vil de ofte ha helt ulike interesser. I slike tilfeller kan det være hensiktsmessig at barna fra tid til annen har samvær hver for seg med den samværsberettigede.

Dersom foreldrene ikke blir enige om samværsordningen, kan familiedomstolen avgjøre samværsrettens omfang, og regulere selve gjennomføringen nærmere, jf. BGB § 1684, 3. ledd. Familiedomstolen har også adgang til å begrense eller nekte samværet eller gjennomføringen av tidligere avgjørelser om samværet, dersom det skulle være nødvendig i forhold til barnets beste, jf. BGB § 1684, 4. ledd, 1. punktum. Retten kan bestemme at samværet skal utøves under tilsyn, jf. BGB § 1684, 4. ledd, 3. punktum.

6. Gerichtsentscheidungen²⁵³ om barnefordelingen

6.1 Generelt

Avgjørelser om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær bestemmes først og fremst av foreldrene selv. Med unntak for saker om foreldreansvaret, hvor foreldrenes avtalefrihet begrenses noe²⁵⁴, står de fri til å avtale barnefordelingen mellom seg. Først når foreldrene ikke blir enige, og reiser sak, avgjør retten spørsmål om barnefordeling, jf. BGB §§ 1628 og 1684, 3. ledd og 4. ledd.

6.2 Saksbehandlingsregler

Det er familiedomstolen som avgjør i barnefordelingssaker, jf. Zivilprozessordnung²⁵⁵ (ZPO) § 621, 1. ledd nr.1 og nr.2. Familiedomstolen er en spesialavdeling i Amtsgericht²⁵⁶, som har avgjørelsesmyndighet i alle familiesaker, slik som barnefordelingssaker, men også barnevernssaker.

I barnefordelingssaker gjelder ZPO og Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit²⁵⁷ (FGG), som innebærer at retten utreder saken på eget initiativ, jf. FGG § 12.²⁵⁸

Før familiedomstolen kan behandle saken, må Jugendamt²⁵⁹ underrettes. Jugendamt tilbyr informasjon, rådgivning og bistand, slik at foreldrene kan komme frem til enighet, jf. FGG § 49a, 1. ledd. Når foreldrene selv kommer til enighet om barnefordelingen, vil konfliktnivået mellom dem bli redusert. Mindre konflikt i hverdagen er i foreldrenes og særlig i barnets interesse. Foreldrene er imidlertid ikke forpliktet til å benytte seg av disse tilbudene.

²⁵³ Ordet betyr rettsavgjørelser.

²⁵⁴ Se nærmere omtale nedenfor under punkt 6.3.2.

²⁵⁵ Lov om sivilprosessordning

²⁵⁶ Det norske motstykke er by- og tingsretten.

²⁵⁷ Lov om frivillig jurisdiksjon

²⁵⁸ I Norge betegnes slike saker som indispositive.

²⁵⁹ Institusjon som er barnevern og familievernkontor i ett.

Også under rettsaken skal familiedomstolen legger til rette for at foreldrene sammen kommer frem til en løsning, for eksempel ved å henvise dem til familierådgivning og veiledning, jf. FGG § 52, 1. ledd. Dersom det er mulighet for at foreldrene oppnår enighet utenfor domstolssystemet, kan retten utsette saken med mindre en slik forsinkelse ikke er til beste for barnet, jf. FGG § 52, 2. ledd.

Ifølge juridisk teori kan enhver av foreldrene bare kreve aleneforeldreansvaret (eller deler²⁶⁰ av foreldreansvaret) til seg selv. Det vil si at begjæring om at den andre skal få foreldreansvaret alene må avvises.²⁶¹ I de tilfeller hvor kun den ene krever aleneforeldreansvaret, begrenses familiedomstolens avgjørelsesmyndighet til å etterkomme kravet eller tilbakevise saken.²⁶² Derfor bør alltid begge foreldre anlegge sak om foreldreansvaret, for at familiedomstolen står fritt til å velge den beste løsningen for barnet.²⁶³

Retten skal endre avgjørelser om barnefordeling, dersom særlige grunner med hensyn til barnets beste taler for det, jf. BGB § 1696, 1. ledd. I slike endringssaker kreves ikke noen begjæring fra foreldrene, derfor står familiedomstolen fritt til å velge den beste løsningen for barnet. Det innebærer at også en forelder som ikke har anlagt sak kan få foreldreansvaret.²⁶⁴

For å komme frem til den ordningen som er til beste for barnet, kan familiedomstolen innhente vurderinger av en sakkyndig, se FGG § 15, 1. ledd.²⁶⁵

Barn har rett til å uttale seg under rettssaken, jf. FGG § 50b²⁶⁶. Barn skal alltid få si sin mening etter fylte 14 år, jf. FGG § 50b, 2. ledd, 1. punktum. Det skal særlige grunner til for at barnet ikke får uttale seg om saken foran retten, jf. FGG § 50b, 3. ledd, 1. punktum. For eksempel kan tenkes at barnet ikke vil uttale seg. Ifølge bestemmelsen faller også haste- og nødssituasjoner inn under særlige grunner. Men i disse tilfeller må barnets mening innhentes straks etter at faren er over, jf. FGG § 50b, 3. ledd, 2. punktum.

²⁶⁰ Som for eksempel barnets faste bosted.

²⁶¹ Se Oelkers (2004) s.136

²⁶² Jf. OLG Dresden FamRZ 2000, 109

²⁶³ Se Oelkers (2004) s.136

²⁶⁴ Jf. OLG Karlsruhe FamRZ 1990, 801

²⁶⁵ Se også OLG Düsseldorf DAVorm 1995, 522

²⁶⁶ Se OLG Brandenburg 9 UF 129/02 hvor saken blir tilbakevist for ny behandling i Amtsgericht, fordi rettens begikk en saksbehandlingsfeil ved å unnlate å høre barnet personlig. Se oversikt over domstolsoppbygningen i Kapittel 2.

6.3 Materielle regler

6.3.1 Generelt

Vanligvis vil det være til beste for barnet hvis foreldrene sammen blir enige om barnefordelingen. Samarbeidsvillige foreldre bidrar til at konfliktnivået etter separasjonen eller skilsmissen dempes, og det vil være positivt for barnets fremtidig oppvekst og utvikling.

Dersom foreldrene ikke klarer å komme frem til en løsning på egen hånd, kan de reise sak om barnefordeling for familiedomstolen.

I slike barnefordelingssaker skal retten komme frem til den løsningen som best mulig ivaretar barnets beste²⁶⁷. Herunder skal det tas hensyn til de faktiske forhold og muligheter, samt partenes berettigede interesser, jf. BGB § 1697a.

Hva som er best for barnet er individuelt og meget skjønnsmessig, derfor må saker om barnefordeling avgjøres gjennom en konkret helhetsvurdering i overensstemmelse med barnets interesser. For eksempel skal familiedomstolen ta hensyn til barnets mening, jf. FGG § 50b. Med unntak for barnets uttalerett er loven taus i forhold til hvilke andre hensyn som kan legges vekt på i barnets beste vurdering.

Både rettspraksis og juridisk teori gir imidlertid veiledning om hvilke momenter som kan være relevante og hvordan de eventuelt skal vektlegges i vurderingen av barnets beste.

6.3.2 Avgjørelser om foreldreansvar (Elterliche Sorge)

Når familiedomstolen skal avgjøre spørsmålet om foreldreansvaret, gjelder ulike regler i de tilfeller hvor foreldre har felles foreldreansvar og i de tilfeller hvor moren har foreldreansvaret alene.

a) Når foreldrene har felles foreldreansvar

Før Kindschaftsrechtsreformen i 1998 måtte familiedomstolen, i samband med et skilsmisseoppgjør, også avgjøre spørsmålet om foreldreansvar, som nesten alltid førte til at en av foreldrene fikk tildelt foreldreansvaret alene.²⁶⁸ En slik tvungen domstolsbehandling bidro ofte til ytterligere konflikt mellom foreldrene. Et høyt konfliktnivå er ikke bare

²⁶⁷ Se nærmere omtale om barnets beste vurdering nedenfor under punkt 6.3.2.1 og 6.3.2.2.

²⁶⁸ Dette blir kalt Zwangsverbund (tvangsforbindelse), som gjennom reformen har blitt avskaffet til fordel for domstolsbehandling etter begjæring, se BT-Drs.13/4899 s.60.

uheldig for barnet, men minsker også muligheten til samarbeid mellom foreldrene som er en forutsetning for å kunne utøve foreldreansvar sammen også etter et samlivsbrudd.²⁶⁹

Etter gjeldende rett har foreldrene fortsatt felles foreldreansvar også etter en separasjon eller skilsmisse. Loven gjelder uavhengig av foreldrenes sivilstand. Ifølge forarbeidene innebærer lovendringen imidlertid ikke at felles foreldreansvar blir ansett som hovedregelen og aleneforeldreansvaret som unntaket. Tvert imot skal endringen styrke foreldreautonomien, da foreldrene vanligvis kjenner best til barnets behov og interesser.²⁷⁰

Dersom foreldrene vil fravike utgangspunktet om felles foreldreansvar, så må de reise sak for familiedomstolen, jf. BGB § 1671, 1. ledd. Enhver av dem kan søke retten om å få tildelt foreldreansvaret eller deler av foreldreansvaret alene.²⁷¹

Dette betyr at alle avtaler som innebærer at den ene skal ha deler av eller hele foreldreansvaret alene må godkjennes av familiedomstolen, selv om foreldrene er enig om spørsmålet.

Familiedomstolen skal overdra foreldreansvaret til en av foreldrene dersom den andre samtykker, med mindre barnet ved fylte 14 år motsetter seg overdragelsen, jf. § 1671, 2. ledd nr.1.

Når barnet ikke motsetter seg løsningen, er foreldrenes avtale bindende, og familiedomstolen er avskåret fra å foreta noen en vurdering av barnets beste. Loven oppstiller ingen formkrav for foreldrenes samtykke, og 14 års aldersgrense er absolutt.

I de tilfeller hvor barnet motsetter seg foreldrenes overenskomst om foreldreansvar er retten derimot forpliktet til en vurdering av barnets beste, se BGB § 1671, 2. ledd nr.1. Barnets klageadgang er imidlertid ingen vetorett. Selv om retten på grunn av barnets motvilje ikke er bundet av foreldrenes påstand, er det ikke ensbetydende med at ikke også retten kommer frem til samme resultat, nemlig at foreldrenes avtale er det beste for barnet.

Dersom en av foreldrene krever foreldreansvaret alene uten den andres samtykke, må domstolen avgjøre spørsmålet om foreldreansvar med hensyn til barnets beste, jf. BGB § 1671, 2. ledd nr.2. Grunnen til at samtykket mangler kan være at den andre motsetter seg å endre ordningen med felles foreldreansvar eller at han selv krever aleneforeldreansvar.

²⁶⁹ Jf. BT-Drs. 13/4899 s.62

²⁷⁰ Jf. BT-Drs. 13/4899 s.61

²⁷¹ Foreldrene kan få tildelt bestemmelsesretten over for eksempel barnets økonomiske forhold (behandles ikke) eller barnets faste bosted, som behandles nedenfor under punkt 6.3.3.

Bestemmelsen fastslår at retten skal etterkomme forelderens anmodning dersom oppheving av felles foreldreansvar til fordel for aleneforeldreansvar er i samsvar med barnets beste.

b) Når mor har foreldreansvaret alene

Når foreldre som ikke er gift verken gifter seg eller erklærer at de vil utøve foreldreansvaret sammen, har moren foreldreansvaret alene, jf. BGB § 1626a, 2. ledd.

Far har imidlertid mulighet til å reise sak med krav om å få deler²⁷² av foreldreansvaret eller hele foreldreansvaret alene, jf. BGB § 1672. Men familiedomstolen kan bare etterkomme fars anmodning om overdragelsen av foreldreansvaret til ham, dersom mor samtykker og en slik ordning vil være i overensstemmelse med barnet beste, jf. BGB § 16721. ledd. Uten samtykke fra moren må retten avvise saken. Det betyr at dersom foreldrene er uenige i spørsmålet om hvem som skal ha foreldreansvaret, beholder mor foreldreansvaret alene, selv om far eventuelt ville være bedre skikket.

I de tilfeller hvor familiedomstolen avgjør spørsmålet om foreldreansvaret, skal retten komme frem til løsningen som i best mulig grad ivaretar barnets interesser, jf. BGB § 1697a.

Domstolens prøvelsesrett deles opp i to etapper. Først må det vurderes om opphevelsen av foreldrenes felles foreldreansvar er i samsvar med barnets beste, før retten skal avgjøre om aleneforeldreansvaret skal overføres til den som fremsatt kravet.

6.3.2.1 Barnets beste vurdering i forbindelse med opphevelsen av felles foreldreansvar

I utgangspunktet vil et felles foreldreansvar være til barnets beste. Men familiedomstolen kan bare avslå kravet om overdragelse av foreldreansvaret til kun en av foreldrene, dersom det er mulig å utøve felles foreldreansvar. For eksempel vil dette være vanskelig når en foreldre nekte å ha del i foreldreansvaret eller stiller seg likegyldig til barnets oppdragelse og interesser²⁷³. Dessuten kan utøvelsen av felles foreldreansvar bli hindret dersom en av

²⁷² Som for eksempel bestemmelsesretten over barnets skolegang, medisinske inngrep osv. Men avgjørelsesmyndighet over kun barnets faste bosted derimot kan far ikke få. Se nærmere omtale nedenfor under punkt 6.3.3.

²⁷³ Se OLG Dresden 27.02.2002 – UF 743/01 hvor felles foreldreansvaret blir opphevet og mor fikk foreldreansvaret alene på grunn av fars manglende interesse i å omgås med barnet og delta i oppdragelsen.

foreldrene flytter til utlandet. Men det faktum at foreldrene bor langt fra hverandre er i seg selv ikke grunn nok til at felles foreldreansvaret oppheves.²⁷⁴

Videre må foreldrene være villig til å samarbeide for å finne frem til en felles løsning.²⁷⁵ Det presiseres i rettspraksis at alminnelige meningsforskjeller ikke er tilstrekkelig for å få tilkjent foreldreansvaret alene.²⁷⁶ Det er heller ikke nok at en av foreldrene avviser felles foreldreansvar. Når det foreldrene er i konflikt med hverandre, kan det være vanskelig å oppnå konstruktiv kooperasjon. I slike tilfeller kan det være i barnets interesse at kun en av foreldrene innehar foreldreansvaret.²⁷⁷ Med konstruktiv kooperasjon menes foreldrenes evne til å sette barnets interesse foran egne, og respektere den andre som en likeverdig omsorgsperson for barnet.²⁷⁸ Det forutsettes i forarbeidene at familiedomstolen ikke kan tvinge foreldrene til å samarbeide.²⁷⁹

Dersom den ene av foreldrene ikke er skikket til å ha omsorgen for barnet, kan vedkommendes manglende omsorgsevne ikke avhjelpes ved at retten gir ham foreldreansvaret sammen med den andre.

Bruk av vold²⁸⁰ eller annen mishandling av barnet er eksempler på manglende omsorgsevne som kan føre til opphevelse av felles foreldreansvar, se BGB § 1631, 2. ledd.²⁸¹ I slike tilfeller vil barnet ofte være sterkt emosjonelt knyttet til kun en av foreldrene, mens dets forhold til den andre kan være preget av mistillit og avvising.

Men også psykiske lidelser²⁸² og forsømmelse av barnet kan være tegn på at forelderen er uskikket som omsorgsperson. Likeså kan alkoholisme og narkotikamisbruk hos en av foreldrene fører til opphevelse av felles foreldreansvar.²⁸³

²⁷⁴ Jf. OLG Köln FamRZ 2003, 1036

²⁷⁵ Se BGB § 1627 som fastslår at felles foreldreansvar må utøves i gjensidig overensstemmelse.

²⁷⁶ Jf. OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1157.

²⁷⁷ Se BGH FamRZ 1999, 1646 flg.

²⁷⁸ Se OLG München FamRZ 2002, 189 flg.

²⁷⁹ Jf. BT-Drs. 13/4899 s.63

²⁸⁰ Jf. BVerfG 1BvR 1140/03 hvor forfatningsdomstolen tilkjente moren foreldreansvaret alene, fordi det ikke kunne forventes at hun samarbeidet om utøvelsen av felles foreldreansvaret med sin voldelige eksmann.

²⁸¹ Bestemmelsen omhandler foreldreansvarets innhold og begrensninger. Se nærmere omtale i kapittel 5 under punkt 5.2.2.1.

²⁸² Jf. BayObLG FamRZ 1999, 318

²⁸³ Se Oelkers (2004) s.116

6.3.2.2 Momenter i barnets beste vurdering ved overdragelse til aleneforeldreansvar

Familiedomstolen skal avgjøre om kravet fra den ene av foreldrene om å få foreldreansvaret alene vil være det beste for barnet, se BGB § 1671, 2. ledd nr.2, jf. BGB § 1697a. Hva som er best for barnet må avgjøres gjennom en konkret helhetsbedømmelse i hvert enkelt tilfelle. Men i rettspraksis har man likevel kommet frem til enkelte momenter som er relevant å ta i betraktning.

a) Kontinuitetsprinsippet

Et viktig moment er kontinuitetsprinsippet, som tar hensyn til den av foreldrene som har hatt hovedomsorgen for barnet før foreldrene gikk fra hverandre. Prinsippet bygger på formodningen om at kontinuitet og stabilitet fremmer barnets psykososiale utvikling.²⁸⁴ Derfor anbefales en eventuell overføring av aleneforeldreansvaret til den av foreldrene som har tatt seg mest av barnet tidligere.

Det er også positivt for barnet at det fortsatt kan forholde seg til kjente omgivelser, som for eksempel barnets bosted, barnehage eller skole, vennekrets og fritidsforeninger. Hvordan disse momenter vektlegges i forhold til hverandre, må avgjøres individuelt. Særlig når det gjelder småbarn kan forholdet til hovedomsorgspersonen være så viktig at vedkommende får aleneforeldreansvaret til tross for at dette innebærer at barnet må flytte fra sine kjente omgivelser.²⁸⁵ I noen situasjoner derimot kan tilknytningen til sine kjente omgivelser og muligheten til å opprettholde kontakten med besteforeldrene og venner være avgjørende, selv om dette fører til at barnet ikke lenger bor sammen med den tidligere hovedomsorgsperson.²⁸⁶ Det uttales i rettspraksis at flytting fra hovedomsorgspersonen ikke nødvendigvis medfører negative konsekvenser for barnets utvikling i fremtiden.²⁸⁷

I praksis har kontinuitetsprinsippet ofte utslagsgivende betydning dersom barnet er nært knyttet til begge foreldre og begge anses som like skikket til å ha omsorgen alene.²⁸⁸

b) Støtteprinsippet

Et annet viktig moment er støtteprinsippet, som dreier seg om hvem av foreldrene som er mest pedagogisk kompetent til å gi barnet sikkerhet og veiledning i livet. Retten må med

²⁸⁴ Se Oelkers (2004) s.105

²⁸⁵ Se OLG Brandenburg FamRZ 2001, 1021.

²⁸⁶ Se OLG Nürnberg FamRZ 1999, 614 hvor saken dreide seg om et eldre barn.

²⁸⁷ Jf. OLG München FamRZ 1991, 1343 hvor det uttales at noen vanskeligheter i begynnelsen må godtas, da det ellers alltid vil hindre en flytting fra hovedomsorgspersonen

²⁸⁸ Se for eksempel OLG Frankfurt FamRZ 1990, 550 og OLG Brandenburg FamRZ 2001, 1021

andre ord avgjøre hvem av foreldrene som vil fremme barnets fysiske, psykiske og åndelige utvikling på best mulig måte.

Det fremgår av rettspraksis at familiedomstolen først og fremst må vurdere foreldrenes personlige egenskaper.²⁸⁹ Dette innebærer en konkret og omfattende vurdering av foreldrenes fremtidige livssituasjon og deres vilje til å sette barnets interesser foran egne.

Foreldrenes religion har i utgangspunktet ingen betydning for om vedkommende er skikket som omsorgsperson eller ikke. I enkelte tilfeller derimot kan foreldrenes tilhørighet til strengt religiøse trossamfunn, som for eksempel Jehovas vitner eller Scientologi organisasjonen svekke vedkommendes evne til å gi barnet omsorg. Betydningen av tilhørigheten er avhengig av om og eventuell hvor mye innflytelse foreldrenes religion har på barnets utvikling.²⁹⁰ Dersom den religiøse innflytelsen anses som uheldig for barnet, taler dette i vedkommendes disfavør. Men adgangen i BGB § 1671, 1. ledd nr. 1 til å få tilkjent en del av foreldreansvaret alene, vil være et mindre inngripende tiltak, og kan dempe konfliktnivået mellom foreldrene. Eksempelvis kan den av foreldrene som ikke tilhører Jehovas vitne få bestemmelsesretten over medisinske inngrep alene.²⁹¹

Illojalitet overfor den andre av foreldrene kan også tale mot at forelderens skal ha aleneforeldreansvaret for barnet. For eksempel kan negativ omtale og sverting av den andre i barnets nærvær medfører at barnet opplever lojalitetskonflikt overfor foreldrene. I rettspraksis uttales at bruk av slike metoder bare beviser at vedkommende ikke tar tilstrekkelig hensyn til barnets beste ved å sette sine egne interesser først.²⁹²

Det kan også slås tvil om foreldrenes omsorgsevne dersom vedkommende har negativ innflytelse på barnet. For eksempel kan det være uheldig for barnet å bli oppdratt av en forelder som er blitt domsfelt gjentatte ganger.²⁹³ Men også slike argument må vurderes individuelt. I ett tilfelle fikk far beholde foreldreansvaret, til tross for at han hadde begått økonomisk kriminalitet.²⁹⁴

²⁸⁹ Se OLG Hamm FamRZ 2000, 502 hvor saken dreide seg om hvem av foreldrene som på bakgrunn av sin personlighet og sine verdier var best skikket til å gi barnet nødvendig støtte i sin utvikling.

²⁹⁰ Se OLG Karlsruhe FamRZ 2002, 1728

²⁹¹ For medlemmer av Jehovas vitner er det utelukket å motta blodoverføring, selv om denne er livsnødvendig.

²⁹² Se OLG Bamberg ZfJ 1996, 194

²⁹³ Se OLG Bamberg FamRZ 1991, 1341

²⁹⁴ Se OLG Hamm FamRZ 1999, 1597

At en av foreldrene har utenlandsk statsborgerskap rettferdiggjør ikke i seg selv at vedkommende ikke får foreldreansvaret alene.²⁹⁵ Likeså er dårlige språkkunnskaper ikke noe grunn til å tvile på vedkommendes omsorgsevne.²⁹⁶ Men i rettspraksis tilkjennes ofte den av foreldrene som kjenner til språket og kulturen i Tyskland aleneforeldreansvar, fordi vedkommende er best skikket til å forberede barnet på de krav som stilles av samfunnet.²⁹⁷

Ifølge juridisk teori taler alvorlige sykdommer eller fysiske og psykiske handikap som regel mot at en forelder innehar foreldreansvaret alene.²⁹⁸ Med alvorlige sykdommer menes for eksempel rusmiddelavhengighet, depresjon eller andre graverende lidelser. Det fremgår av rettspraksis at HIV-smitte i utgangspunktet ikke er tilstrekkelig for å fastslå at forelderens er uskikket som omsorgsperson for barnet.²⁹⁹ Tilsvarende gjelder dersom vedkommendes fysiske eller psykiske svakheter kan avhjelpes, for eksempel gjennom hjelpetiltak fra det offentlige.³⁰⁰

I rettspraksis tas det ofte hensyn til foreldrenes omsorgsmuligheter. Foreldre som er hjemmeværende og dermed har anledning til å passe barnet selv på dagtid, innrømmes ofte fordeler ovenfor foreldre som må ha hjelp fra andre.³⁰¹ Særlig i tilfeller hvor foreldrene ellers er like skikket, får argumentet stor betydning.³⁰² Men argumentets vekt varierer noe i forhold til hvor i landet en er bosatt. Vanligvis jobber mødre i det gamle Øst-Tyskland fulltid fra barnet er små, mens vesttyske mødre er oftere hjemmeværende og sjelden jobber mer enn femti prosent frem til barnet begynner i skolen.³⁰³

I utgangspunktet er foreldrenes sivilstand etter samlivsbruddet uten betydning for vedkommendes omsorgsevne. I enkelte tilfeller kan inngåelse av nytt samboerskap imidlertid taler mot at forelderens. For eksempel når den nye partneren er voldelig, se BGB § 1631, 2. ledd som gir barnet rett til en voldsfri oppdragelse. Ifølge rettspraksis er det avgjørende om forelderens gir barnet nok oppmerksomhet og støtte for å den vanskelige tiden på grunn av foreldrenes skilsmisse.³⁰⁴

²⁹⁵ Jf. BGH DAVorm 2000, 704

²⁹⁶ Se OLG Nürnberg FamRZ 1999, 1160

²⁹⁷ Se blant annet OLG Hamm FamRZ 2000, 501

²⁹⁸ Se Oelkers (2004) s.116

²⁹⁹ Se OLG Stuttgart NJW 1998, 2620

³⁰⁰ Se OLG Zweibrücken EzFamR aktuell 2000, 378

³⁰¹ Se OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 1636

³⁰² Jf. Oelkers (2004) s.109

³⁰³ Se vedlegg 5

³⁰⁴ Se OLG Bamberg ZfJ 1996, 194 hvor mor ikke fikk aleneforeldreansvaret for sitt barn, fordi hun på grunn av sin nye samboer ikke klarte å gi barnet nok oppmerksomhet og støtte for å mestre foreldrenes skilsmisse.

Videre er det av betydning hvor forståelsesfull vedkommende er i forhold til barnets rett til samvær med den andre av foreldrene. Hensynet til bindingstoleranse³⁰⁵ er et viktig moment i vurdering av barnets beste som får mer og mer gjennomslagskraft i praksis.³⁰⁶ Samvær med den samværsberettigede er vanligvis av stor betydning for barnets utvikling. Derfor slår familiedomstolen tvil om foreldrenes omsorgsevne når vedkommende overser barnets interesser ved å vise manglende respekt for samværsretten.³⁰⁷ For eksempel ble bevisste nedlatende bemerkninger om den andre og sensurering av vedkommendes post til barnet, ansett som manglende bindingstoleranse.³⁰⁸ I en annen sak ble det slått betydelig tvil om morens omsorgsevne for barnet, fordi hun hindret all samvær mellom far og barnet i en periode over to år.³⁰⁹

Momentet får særlig betydning når foreldrene ellers anses like skikket til å ha omsorg for barnet. Likevel kan stor toleranse og samarbeidsvilje hos den ene av foreldrene føre til at vedkommende får tilkjent aleneforeldreansvaret, selv om den andre fremstår som bedre skikket.

c) Barnets tilknytning til sine foreldre

Barnets følelsesmessige tilknytning kan være utslagsgivende for at den ene av foreldrene får foreldreansvaret alene. Dette gjelder særlig i tilfeller hvor barnet er sterkt knyttet til kun en av foreldrene, fordi eksempelvis vedkommende har hatt hovedomsorgen³¹⁰ for barnet eller barnet ikke kjenner den andre forelderen.

Argumentet må ses i sammenheng med kontinuitetsprinsippet, som innebærer at det anses risikofylt å flytte barnet fra sin primære kontaktperson. Særlig småbarn har behov for stabilitet og kontinuitet i forhold til omsorgspersonen.

Hensynet til barnets følelsesmessige tilknytning kommer særlig til anvendelse når ingen av alternativene anses som bedre enn den andre. Men i disse tilfeller er barnet ofte sterkt knyttet til begge foreldre, slik at andre hensyn må trekkes inn for å avgjøre spørsmålet.

³⁰⁵ I Norge tales det om hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt.

³⁰⁶ Jf. Oelkers (2004) s.116

³⁰⁷ Se OLG Dresden FamRZ 2003, 397 hvor barnet lider av Parental-Alienation-Syndrom.

³⁰⁸ Se OLG Brandenburg ZfJ 1999, 28

³⁰⁹ Se OLG München FamRZ 1997, 45 hvor retten kom til at hun handlet i strid med hva som er til beste for barnet.

³¹⁰ Se OLG Düsseldorf ZfJ 1999, 111 hvor barnet var sterkt følelsesmessig knyttet til den ene av foreldrene fordi barnet bodde hos vedkommende de siste tre årene.

d) Barnets tilknytning til sine søsken

Familiedomstolen tar som regel hensyn til å holde søsken samlet. Det gjelder også når det dreier seg om halvsøsken.³¹¹ I utgangspunktet er det viktig for barns utvikling at søsken vokser opp sammen. Selv om det hersker en viss søskenrivalitet bør barna ikke skilles.³¹² Unntaket er når det er store konflikter mellom barna, som innebærer at en deling av søsken er best for barnas utvikling.³¹³

e) Barnets ønske

Forfatningsdomstolen har slått fast at barnet ikke er et objekt for foreldrenes maktkrav, men har rett til fri utfoldelse av sin personlighet.³¹⁴ Barnets ønske er derfor et viktig moment i barnets beste vurdering. Dette innebærer ikke at barnets mening alltid tillegges utslagsgivende vekt. Argumentets vekt må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. I utgangspunktet tillegges barnets ønske stor vekt dersom det er godt begrunnet og bestemt. På den andre siden veier barnets ønske mindre når det uttales momentant eller er et resultat av andres påvirkning. Dessuten må barnets ønske være i overensstemmelse med barnets beste.³¹⁵

Argumentet må også ses i sammenheng med kontinuitetsprinsippet, da barnets ønske ofte vil være uttrykk for dets følelsesmessige tilknytning til foreldrene. Det kan imidlertid også være utslagsgivende at barnet har nær tilknytning til andre personer enn foreldrene. Dette var tilfelle i en dom hvor barnet ikke ville velge mellom foreldrene, men uttalte at det ikke ville bli atskilt fra sin søster.³¹⁶ Selv om retten anså begge foreldre som like skikket, fikk moren aleneforeldreansvaret, fordi barnet ville være sammen med sin søster som hadde uttalt at hun ville bo hos moren.

³¹¹ Se OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 184

³¹² Jf. OLG Celle FamRZ 1992, 465 hvor retten uttaler at søskenrivalitet er et viktig sosial læremiddel.

³¹³ Se OLG Frankfurt FamRZ 1994, 920 hvor stor aggresjon mellom søsken, som resulterte i verbale og fysiske angrep, førte til at barna ble delt.

³¹⁴ Jf. BVerfG FamRZ 1989, 769

³¹⁵ Se OLG Bamberg FamRZ 1991, 1341 hvor barnets ønske ikke ble tillagt vekt, fordi det ikke ville være til beste for barnet. Retten uttalte videre at barnet på grunn av dets manglende modenhet ikke var i stand til å overskue konsekvensene av avgjørelsen, slik at andre må bestemme for barnet i denne sammenheng.

³¹⁶ Jf. OLG Hamm FamRZ 1997, 957

6.3.3 Avgjørelser om barnets faste bosted (Wohnortbestimmungsrecht)

Bestemmelsesretten over barnets bosted inngår i foreldreansvaret, jf. BGB § 1631, 1. ledd.³¹⁷ Dette innebærer at når kun en av foreldrene har foreldreansvaret, så har også barnet sitt faste bosted hos vedkommende, se BGB § 11.

Dersom foreldrene har felles foreldreansvar må de sammen avgjøre bostedsspørsmålet, se BGB § 1627 første punktum. Foreldrenes avtale om barnets faste bosted gis imidlertid bare tvangskraft dersom den godkjennes av familiedomstolen. For slike avgjørelser, som er en del av foreldreansvaret gjelder samme regler som for rettsavgjørelser av hele foreldreansvaret, nemlig BGB § 1671. Følgelig kan foreldrene som har blitt enige bringe avtalen om barnets bosted inn for retten for domstolsbehandling. Retten er i så fall bundet av foreldrenes påstand uten å foreta en vurdering om ordningen er til beste for barnet. Men også her gjelder et unntak. Dersom barnet ved fylte 14 år motsetter seg foreldrenes overenskomst, kan retten bare godkjenne foreldrenes avtale om barnets faste bosted dersom denne er i samsvar med barnets beste, jf. BGB § 1671, 2. ledd nr.1.³¹⁸

Ved uenigheter må foreldrene i første omgang prøve å bli enige, jf. BGB § 1627 andre punktum. Bare dersom foreldrene ikke klare å komme til enighet, kan enhver av dem reise sak for å få bestemmelsesretten for barnets faste bosted, jf. BGB § 1671, 1. ledd. Resten av foreldreansvaret forblir imidlertid felles. Det må presiseres at retten avgjør hvem av foreldrene som skal ha avgjørelsesmyndighet over spørsmålet om barnets faste bosted, og ikke selve bostedsspørsmålet. Familiedomstolen må med andre ord vurdere hvem av foreldrene som er best skikket til å utøve denne delen av foreldreansvaret i overensstemmelse med barnet beste, se BGB § 1671, 2. ledd nr.2. I bostedsvurderingen må retten ta hensyn til de samme momenter som ved spørsmålet om hele foreldreansvaret.³¹⁹

6.3.4 Avgjørelser om samværsretten (Umgangsrecht)

Dersom foreldrene ikke blir enige om utøvelsen av samværsretten, må familiedomstolen avgjøre spørsmålet. I beslutningen om samværet må retten ta hensyn til foreldrenes grunnlovfestede rett til å oppdra sine barn. Men avgjørelsen skal først og fremst rette seg

³¹⁷ Bestemmelsen omhandler foreldreansvarets innhold og begrensninger. Se nærmere omtale i kapittel 5 under punkt 5.2.2.1

³¹⁸ Se nærmere omtale om bestemmelsen ovenfor under punkt 6.3.2 a.

³¹⁹ Det forvises derfor til drøftelsen ovenfor under punkt 6.3.2.2.

etter barnet beste, jf. BGB § 1697a. Samværsavgjørelser kan dreie seg samværsrettens omfang og utøvelse og om eventuelle begrensninger i samværet, jf. BGB § 1684, 3. ledd og 4. ledd.

6.3.4.1 Samvær eller ikke samvær?

Ifølge BGB § 1684, 1. ledd har barnet rett til samvær med begge foreldre, slik at samværsnekt må begrunnes. Ifølge rettspraksis må det være adgang til å nekte samvær dersom det er nødvendig med hensyn til barnets beste.³²⁰ Om samvær er uheldig for barnet må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. Men ikke enhver ulempe som samvær bringer med seg, fører til samværsnekt. Ifølge rettspraksis er vanskeligheter ved gjennomføringen av samværet ingen tilstrekkelig grunn for samværsnekt.³²¹

Lovens utgangspunkt om samvær begrunnes med at det vanligvis er til beste for barnet, jf. BGB § 1626, 3. ledd. Kontakt med begge foreldrene og deres familie og slekt er viktig for barnets identitetsutvikling og selvbylde.

Et høyt konfliktnivå mellom foreldrene er svært uheldig for barnet, men rettferdiggjør i utgangspunktet ikke at den samværsberettigede nektes samvær med barnet.³²² Det finnes likevel unntak, nemlig dersom vedkommende for eksempel misbruker samværsretten til å vende barnet mot bostedsforelderen.³²³

I noen tilfeller kan motvilje hos barnet føre til samværsnekt. Men familiedomstolen må vurdere hvorvidt barnets ønske er reelt og begrunnet. For eksempel nekter retten en far samvær, fordi barnet var redd for faren på grunn av hans nevrotiske og voldelige atferd.³²⁴ Barnets manglende interesse for samvær med sin far var derimot ikke tilstrekkelig, slik at far fikk samvær under tilsyn mot viljen til det 13 år gamle barnet.³²⁵

Ifølge forfatningsdomstolen er det bare adgang til å nekte samvær, dersom det er nødvendig, fordi samværsretten innebærer en konkret fare for at barnet kan bli skadelidende.³²⁶ Eksempelvis dersom den samværsberettigede lider av alkoholisme, sitter i fengsel, jobber som prostituert eller er pedofil.³²⁷ Men fare for blant annet vannskjøtsel,

³²⁰ Se OLG Oldenburg FamRZ 2001, 1164

³²¹ Se OLG Karlsruhe FamRZ 1990, 901

³²² Se OLG Bamberg FamRZ 1998, 969

³²³ Se OLG Hamm 1997, 693

³²⁴ Jf. OLG Karlsruhe ZfJ 1980, 292

³²⁵ Jf. KG JAmt 2003, 263

³²⁶ Jf. BVerfG FamRZ 1983, 872

³²⁷ Se Beck'sche Kommentare (2006) s.1837

kidnapping eller seksuelt misbruk kan avhjelpes gjennom rettens adgang til å fastsette at samværet bare skal gjennomføres under tilsyn, jf. BGB § 1684, 4. ledd.

6.3.4.2 Samværsrettens omfang og gjennomføring

Loven inneholder ingen bestemmelser om tidspunktet for, lengde eller frekvensen av samværet. Det omhandler heller ingen regler om hvordan og hvor samværet skal gjennomføres. Bakgrunnen for dette er at samværet må fastsettes konkret for hvert enkelt tilfelle i samsvar med hva som er best for barnet. I prinsippet er behovet for en nøyaktig og detaljert fastsettelse av samværsordningen avhengig av konfliktnivået mellom foreldrene.

Ved avgjørelsen om samværsrettens omfang må retten ta hensyn til barnets alder og utvikling, samt barnets ønske. Særlig småbarn har behov for et stabilt forhold til hovedomsorgspersonen. Derfor vil ofte kortvarige, men hyppige samvær, eksempelvis flere ettermiddager i uken, fungere bedre enn lengre opphold med overnatting.³²⁸ Likeså foretrekkes en slik ordning, når samværet må gjennomføres på en skånsom måte, fordi barnet ikke kjenner til den samværsberettigede.³²⁹ Ettersom barnet har blitt bedre kjent med vedkommende, er det mulig å endre samværsordningen.³³⁰ Det innebærer at retten må ta hensyn til barnets tilknytning til foreldrene.

Familiedomstolen må selvfølgelig også ta hensyn til barnets eget ønske. For eksempel kan det tenkes at eldre barn foretrekker samvær i ukene, fordi de ønsker å være sammen med venner eller kjæresten i helgene.

Avstanden mellom foreldrenes hjem er også av betydning. Særlig i tilfeller hvor foreldrenes bosted ligger langt fra hverandre, kan det være fordelaktig å ha mindre, men lengre samvær.³³¹

I rettspraksis har det blitt oppstilt en grunnregel om at samværet bør finne sted en til to ganger i måneden i noen timer, eller hver annen helg når barnet er blitt eldre.³³² Store høytider, som jul, påske og pinse, samt fødselsdager tilbringer barnet vanligvis hos den

³²⁸ Se OLG Brandenburg FamRZ 2002, 414 som uttaler at hyppig samvær i opptil fire timer foretrekkes for småbarn frem til fireårs alderen. Avgjørelsen begrunnes med at barnet ellers ville ha vanskeligheter å huske vedkommende dersom avstanden mellom samværene er for langt.

³²⁹ Jf. OLG Braunschweig FamRZ 1999, 185 hvor kontakten mellom barnet og den samværsberettigede måtte gjenopprettes varsomt etter et langt samværsavbrudd.

³³⁰ Se OLG München FamRZ 1997, 45 hvor det ble fastsatt en trinnvis overgang fra korte til lengre samvær.

³³¹ Se OLG Schleswig FamRZ 2001, 1164 hvor retten kom frem til at samværet skulle gjennomføres i skoleferiene, fordi den samværsberettigede bodde i utlandet.

³³² Se Oelkers (2004) som forviser til en del domsavgjørrelser.

som har foreldreansvaret. Det må selvfølgelig ikke forstås som en slags hovedregel, siden saken må vurderes individuell.

Ifølge rettspraksis er det i utgangspunktet den samværsberettigede som bestemmer hvor og hvordan samværet skal gjennomføres. Vedkommende må naturligvis ta hensyn til barnets ønske. Dessuten kan det tenkes at barnets unge alder krever at samværet gjennomføres i barnets faste bosted.³³³ I noen tilfeller kan det også være nødvendig at samværet utøves under tilsyn, for eksempel dersom det er fare for seksuelt misbruk³³⁴ av barnet. Retten kan også fastsette andre vilkår for gjennomføringen av samværet. Ved fare for kidnapping av barnet kan retten for eksempel kreve at samværet bare utøves i innlandet, samt inndragning av barnets pass.³³⁵

6.3.5 Andre relevante hensyn i tillegg til barnets beste

I barnefordelingssaker skal familiedomstolen finne frem til den løsningen som er til beste for barnet, jf. BGB § 1697a. Men avgjørelsen er naturligvis også avhengig av sakens faktiske forhold og muligheter.³³⁶ Eksempelvis må retten ved fastsettelsen av samværsretten ta hensyn til den samværsberettigedes arbeidstid og barnets skoletid.³³⁷

Ved siden av barnets interesser skal retten også viser omsyn for foreldrenes berettigede interesser, jf. BGB § 1697a. Ifølge forarbeidene vil de særlig være av betydning ved fastsettelsen av samværsretten lengde og gjennomføring.³³⁸ For eksempel kan barnets selvstendige rett til samvær med begge foreldre,³³⁹ ikke tvangsgjennomføres hvis den samværsberettigede nekter, selv om det ville være det beste for barnet. Men samvær med en forelder som ikke er interessert, vil uansett sjelden være i barnets interesse.

Når foreldrene er enige om at den ene skal ha aleneforeldreansvaret, har lovgiveren bestemt at det skal legges avgjørende vekt på foreldrenes interesser³⁴⁰, siden familiedomstolen er bundet av foreldrenes påstander. Retten står som nevnt tidligere uten

³³³ Se AG Eschwege FamRZ 2001, 1162 hvor saken dreide seg om et to gammelt barn.

³³⁴ Se AG Kerpen FamRZ 1998, 254

³³⁵ Jf. OLG Karlsruhe FamRZ 1996, 424

³³⁶ Se BT-Drs.13/4899 s.110

³³⁷ Se BT-Drs.13/4899 s.111

³³⁸ Se Bt-Drs.13/4899 s.111

³³⁹ Jf. BGB § 1684, 1. ledd.

³⁴⁰ Jf. BGB § 1671 2. ledd nr.1

mulighet for å foreta en barnets beste vurdering, med mindre barnet etter fylte 14 år motsetter seg ordningen.

7. Avslutning

7.1 Sammenligning og vurdering

7.1.1 Generelt

Tidligere anså mange det som skamfullt å få barn utenfor ekteskap. Sannsynligvis derfor ble de fleste barn født innenfor ekteskap. Men samfunnet og livsmønstret har endret seg over tid. I dag fødes nesten like mange norske barn utenfor som innenfor ekteskap.³⁴¹ I Tyskland derimot fødes syv av ti barn innenfor ekteskap.³⁴² Men til tross for at fødselstallene i Tyskland har gått ned de senere år, øker tallet på barn født utenfor ekteskap.³⁴³

Nye familiemønster og den generelle holdningsendringen i samfunnet førte til omfattende reformer av både norsk og tysk barnerett i de senere år. Hovedformålet med reformene var å ha like rettsregler for alle barn uavhengig av foreldrenes sivilstand. I Tyskland er prinsippet om likestilling mellom ekteskapelige og utenomekteskapelige barn til med grunnlovfestet, jf. GG art. 6, 5. ledd. Barns rettigheter og fedrenes rettsstilling har blitt betydelig styrket. Rettsreglene er likevel noe ulike mellom landene.

7.1.2 Saksbehandlingsregler³⁴⁴

Det er store forskjeller i domstolsbehandlingen av barnefordelingssaker mellom landene. For det første behandles slike saker av tyske familiedomstoler, som er spesialavdelinger i de ordinære domstolene på familierettens område. Det innebærer at spørsmål om barnefordelingen i Tyskland avgjøres av dommere med spesialkompetanse. Hovedargumentet mot å opprette spesialdomstoler i Norge er at det er viktig å se ulike rettsområder i sammenheng, slik at man sikrer en bred og allsidig vurdering i den enkelte

³⁴¹ Ifølge Statistisk Sentralbyrå ble i 2005, 27 034 barn født i ekteskap og 26 722 barn født utenfor ekteskap. For flere detaljer, se vedlegg 1.

³⁴² Ifølge Statistisches Bundesamt ble i 2005, 485 673 barn født i ekteskap og 200 122 barn født utenfor ekteskap. Se vedlegg 2 og 3 for flere detaljer.

³⁴³ Se vedlegg 3 og 4.

³⁴⁴ Se redegjørelsene under punkt 4.2 og punkt 6.2

sak.³⁴⁵ Men avgjørelser i barnefordelingssaker er noe spesielt, siden beslutningene i stor grad baseres på forutsigelser om fremtiden. Jeg mener det er en fordel å ha spesialdomstoler for slike saker, da det er behov for særlig fagkyndighet og rask saksbehandling. At saker om barnefordeling behandles raskt er i både barnets og foreldrenes interesse. Riktignok skal disse saker prioriteres ved de ordinære domstolene i Norge, se bl. § 59, 1. ledd. Men det er ikke utenkelig at saksbehandlingen ville være bedre og raskere dersom Norge hadde spesialdomstoler på familierettens område. Jeg mener at muligheten for at barnefordelingssaker kan behandles raskere vil være spesielt fordelaktig for avgjørelser om barnets faste bosted, hvor flere måneder med usikkerhet rundt bostedsspørsmålet kan være svært uheldig for barnet. Påkjenningen for barnet øker med tiden saken tar, fordi usikkerheten vedvarer. Videre kan lang behandlingstid føre til at miljøskifteargumentet uthuler annen argumentasjon, som igjen innebærer at tilfældigheter kan avgjøre barnets faste bosted.

Dessuten er tyske foreldres avtalefrihet noe mer begrenset. For det første er det tvungen domstolsbehandling for spørsmål om foreldreansvar og barnets bosted, og for det andre gis avtaler om barnefordeling bare tvangskraft dersom de blir domstolsbehandlet.

En slik tvungen domstolsbehandling kan etter min mening føre til økt konflikt mellom foreldrene som vil være uheldig for barnet. I retten møtes part og motpart, i dette tilfelle står mor på den ene siden og far på den andre. Hele domstolsbehandlingen bygger i grunn på at to parter er uenige. Slik jeg ser det vil reglene om tvungen domstolsbehandling bidra til større arbeidsmengde for familiedomstolen, som igjen fører til lengre behandlingstid og mer usikkerhet for barnet.

7.1.3 Barnets med- og selvbestemmelsesrett³⁴⁶

I begge land pålegges foreldrene å ta hensyn til barnets synspunkter før de tar avgjørelser om barnets personlige forhold. Barnets rett til å være med på beslutningen må vurderes konkret og helhetlig i hvert enkelt tilfelle. Den norske barneloven setter likevel enkelte absolutte aldersgrenser for når barn skal få ubetinget uttalerett³⁴⁷, og for når det skal legges

³⁴⁵ Se St.meld.nr.23 (2000/2001)

³⁴⁶ Se redegjørelsene i kapittel 3 punkt 3.2.1 og 3.2.2 og kapittel 5 punkt 5.2.1.

³⁴⁷ Barn skal etter fylte 7 år gis anledning til å si sin mening om saker som angår dets personlige forhold, jf. bl § 31, 2. ledd, 1. punktum.

stor vekt³⁴⁸ på barnets mening. I Tyskland eksisterer ingen slike aldersgrenser. I utgangspunktet skal barnet alltid høres av den tyske familiedomstolen. I likhet med Norge begrenses rettens høringsplikt dersom barnet ikke vil si sin mening eller er for liten til å uttale seg om saken. I begge land er det avgjørende om barnet forstår konsekvensene av sine valg.³⁴⁹

På den ene siden er det bra at det ikke finnes noen aldersgrense i Tyskland, da barn er forskjellige. Det kan være fare for at norske domstoler på grunn av aldersgrensene generaliserer og ikke avgjør spørsmålet individuelt i hvert enkelt tilfelle. Det finnes riktignok eksempler fra rettspraksis som viser at også barn ned i fem og seksårsalderen har uttalt seg om saken. Men det kan tenkes at aldersgrensen leder til en formodning om at barn under syv år er for liten til å bli hørt. På den andre siden kan det å ikke ha noen aldersgrense føre til store lokale forskjeller i praksis. Det kan tenkes at familiedomstolen mener at et barn på ti år ikke er modent nok til å uttale seg, mens en femåring får si sin mening i en annen sak. Uten noen retningslinjer vil barns rett til å uttale seg, være helt avhengig av dommerens subjektive oppfatninger av om barnet er modent nok til å uttale seg. Men det finnes heller ingen garanti for at tyske dommere ikke generaliserer, dersom de mener at barn under en viss alder generelt ikke er gamle nok.

Dessuten mener jeg at reglene i BGB § 1671 innebærer en forskjellsbehandling av barn som har foreldre med felles foreldreansvar og med foreldre hvor bare en forelder har foreldreansvaret. Etter min mening rettferdiggjør ikke foreldrenes sivilstand en slik forskjellsbehandling av barn. Ifølge BGB § 1671, 2. ledd nr.1 er barnets ønske ikke noe relevant moment i avgjørelsen, med mindre barnet har fylt 14 år og motsetter seg foreldrenes overenskomst. Jeg synes det er uheldig at ikke alle barn får en slik klageadgang. Klagen er ingen vetorett, den fører bare til en barnets beste vurdering av domstolen. Jeg ser ingen god grunn til at motvilje hos barn under 14 år ikke bør få noen som helst betydning i spørsmålet om hvem som får foreldreansvaret, og særlig i spørsmål om hvor barnet skal bo. Jeg anser det som svært uheldig at familiedomstolen kan tvinge et barn i tenårene til å flytte til en forelder som barnet ikke vil bo sammen med. Særlig siden familiedomstolen i avgjørelser etter BGB § 1671, 2. ledd nr.2 alltid skal foreta en vurdering om barnets beste. I disse tilfeller får også yngre barn anledning til å si sin mening. Enkelte ganger har barn helt ned i fem og seksårs alderen fått uttalerett. Det

³⁴⁸ Det skal legges stor vekt på barnets mening, når de har fylt 12 år, jf. bl § 31, 2. ledd, 2. punktum.

³⁴⁹ Se nærmere omtale i kapittel 5 under punkt 5.2.1

innebærer at domstolen i vurderinger etter BGB § 1671, 2. ledd nr.2 kan legge avgjørende vekt på et femårings ønske, mens en trettenåring etter BGB § 1671, 2. ledd nr.1 ikke en gang får rett til å uttale seg om saken.

Barnets generelle rett til å bestemme selv etter hvert som det vokser til er ikke lovfestet i Tyskland. Foreldrenes avgjørelsesmyndighet begrenses imidlertid gjennom enkelte lovforbud som gir barnet en direkte lovfestet selvbestemmelsesrett for visse type avgjørelser.³⁵⁰ Men i motsetning til Norge har tyske femtenåringer ingen lovfestet rett til å bestemme selv i valg av sin utdanning og medlemskap i foreninger. Foreldrene har også i slike anliggender det siste ordet.³⁵¹

Etter min oppfatning er det uheldig at en femtenåring ikke selv får bestemme over sin utdanning, da det vil kunne legge grunnlaget for hele yrkeskarrieren. Jobben er en stor del av livet, som jeg mener bør være opp til den enkelte å velge.

7.1.4 Foreldreansvar³⁵²

I begge land er det i utgangspunktet barnets biologiske foreldre som innehar foreldreansvaret for sine barn, men loven får også anvendelse for adoptivforeldre. Foreldre som er gift har foreldreansvaret sammen, mens for ugifte foreldre er reglene litt forskjellige mellom landene. I Norge har i utgangspunktet også samboere felles foreldreansvar.³⁵³ I Tyskland må samboere i likhet med andre ugifte foreldre erklære at de vil utøve foreldreansvaret sammen.

En norsk far kan reise sak om foreldreansvaret for domstolene dersom foreldrene ikke selv klarer å komme til enighet. Tyske fedre derimot har etter min mening en dårligere rettsstilling, da far ikke kan få del i foreldreansvar eller aleneforeldreansvaret uten mors samtykke, selv om det ville være til beste for barnet.

Slik jeg ser det er prinsippet om morspresumpsjon ikke helt avskaffet i Tyskland. Etter min mening er bestemmelsen et brudd med prinsippet om barnets beste, da mors veto rett medfører at familiedomstolen må avvise fars begjæring uten å kunne foreta en vurdering av barnets beste. I slike tilfeller settes mors interesser foran barnets. Jeg synes også at det

³⁵⁰ Eksempelvis kan foreldre ikke tvinge barnet til å bruke prevensjon eller ta abort.

³⁵¹ Barnets medbestemmelsesrett i spørsmål om valg av utdanning fremgår riktignok direkte av loven, se BGB § 1631a.

³⁵² Se nærmere redegjørelse for reglene i kapittel 3-6.

³⁵³ Med mindre det hersker usikkerhet rundt farskapet eller foreldrene ikke har samme folkeregistrert adresse.

er uheldig at den ugifte far er avhengig av mors velvilje, siden en mor som ikke vil gi melding om felles foreldreansvar, sjelden samtykker til at domstolen skal vurdere om far skal få del i foreldreansvaret eller aleneforeldreansvar.

I Norge står foreldrene fritt til å avtale barnefordelingen selv. Tyske foreldres adgang til å avtale spørsmålet om foreldreansvaret er derimot mer begrenset, da det ikke er mulig å avgi erklæring om at far skal ha aleneforeldreansvar.

Dessuten må spørsmålet om å overdra aleneforeldreansvaret fra mor til far alltid behandles av familiedomstolen som skal foreta en vurdering av barnets beste. Det betyr at selv om foreldrene kommer frem til at far skal ha foreldreansvaret alene, avgjøres spørsmålet av retten som må vurdere om en slik ordning er til beste for barnet. Slik jeg ser det innebærer bestemmelsen en forskjellsbehandling mellom far og mor på bakgrunn av en formodning om at aleneforeldreansvaret for en ugift mor alltid vil være til barnets beste. Jeg synes også at foreldreautonomien blir svekket, selv om det ifølge lovgiveren var et mål å styrke den gjennom barnerettsreformen.

I Tyskland gjelder også ulike regler for foreldre med felles foreldreansvar og for foreldre der en har aleneforeldreansvaret. For det første må mor som har aleneforeldreansvaret som tidligere nevnt samtykke for at far kan reise sak om overdragelsen av foreldreansvaret til han alene. For det andre skal retten alltid vurdere om ordningen er til barnets beste, selv om foreldrene altså er enige. Dette er som tidligere nevnt annerledes når foreldrene har felles foreldreansvar.³⁵⁴

Ved dødsfall i Tyskland må alle gjenlevende reise sak om foreldreansvaret dersom den avdøde hadde aleneforeldreansvar. Dette gjelder selv om den gjenlevende bodde sammen med barnet og den avdøde. Dessuten varierer reglene om hvordan retten skal vurdere sakene. Dersom den avdøde fikk foreldreansvaret alene etter at foreldrene gikk fra hverandre, skal den gjenlevende få foreldreansvaret, med mindre det ikke er til beste for barnet. I de tilfeller hvor mor alltid hadde foreldreansvaret alene etter reglene i BGB § 1626a, må retten derimot vurdere om aleneforeldreansvaret til far vil gagne barnet. Disse ulike barnets beste vurderinger innebærer at terskelen for at familiedomstolen tilkjenner foreldreansvaret til far som aldri har hatt del i foreldreansvaret er noe høyere, enn dersom han har hatt det en gang tidligere. Lovgiveren begrunner ulikhetene med at en far som aldri

³⁵⁴ Se nærmere i kapittel 5 under punkt 5.2.2.2 a

har hatt del i foreldreansvaret, vanligvis ikke lever sammen med mor i et stabilt ekteskapsliknende forhold, som innebærer at barnet heller ikke har regelmessig kontakt med sin far.³⁵⁵

Etter min mening fører denne formodningen til at bestemmelsen kan få svært uheldige konsekvenser. Sannsynligvis vil samboere med felles barn som regel ha foreldreansvaret sammen. Men så lenge dette ikke skjer automatisk, vil det kunne finnes unntak.³⁵⁶ Slik jeg ser det vil en forelder som bodde sammen med barnet og den avdøde uten å ha del i foreldreansvar, være dårligere stilt enn en forelder som ikke bodde sammen med barnet, men hadde del i foreldreansvaret. Jeg synes at de norske reglene er bedre, fordi de nettopp tar hensyn til slike situasjoner. I Norge må bare gjenlevende foreldre som ikke har del i foreldreansvaret og heller ikke har bodd sammen med barnet reise sak for å få foreldreansvaret for barnet.

I Tyskland har foreldreansvaret noe videre innhold, siden det ikke skilles mellom foreldreansvar og vergemål som i Norge. I praksis har ulikhetene imidlertid liten betydning, da også vergemålet i Norge vanligvis tilkommer foreldrene.

Dersom norske foreldre er uenige om utøvelsen av foreldreansvaret, må de ble enige selv. I utgangspunktet gjelder det samme i Tyskland. Men dersom tyske foreldre ikke klarer å bli enige, kan de bringe konflikten inn for familiedomstolen til avgjørelse. Slik at en av foreldrene kan få bestemmelsesrett over en bestemt del av foreldreansvaret alene, mens resten forblir felles. Etter min mening kan en slik adgang først og fremst i de tilfeller hvor foreldrene bare er uenige om en bestemt del av foreldreansvaret bidra til å dempe konfliktnivået. I tillegg vil en fratakelse av en del av foreldreansvaret også være mindre inngripende enn dersom en forelder fratas hele foreldreansvaret. Men jeg mener at det vil by på for store uklarheter om hva som faller inn under de enkelte deler av foreldreansvaret. Eksempelvis, hvem skal bestemme over barnets kosthold når barnet bor fast hos mor, men far har bestemmelsesretten alene i spørsmål om barnets helse. Derfor synes jeg at bestemmelsen kan bli vanskelig å anvende i praksis.

Likeså kan tyske foreldre uten del i foreldreansvaret, få bestemmelsesretten for en del av foreldreansvaret alene, mens resten av avgjørelsesmyndigheten forblir hos den andre.

³⁵⁵ Se BT-Drs.13/4899 s.102.

³⁵⁶ Foreldrene flyttet først sammen etter at barnet var født, men glemte å erklære at de vil utøve foreldreansvaret sammen før en av dem døde.

Forutsetningen er at overdragelsen vil gagne barnets beste. Etter min mening er denne bestemmelsen svært uheldig, da det kan føre til at bostedsforelderen ikke kan bestemme i alle barnets personlige forhold. For eksempel vil det være ganske upraktisk og tungvindt når bostedsforelderen må be den andre som har bestemmelsesrett i forhold til barnets helse om tillatelse hver gang barnet blir syk og må til lege.

7.1.5 Barnets faste bosted³⁵⁷

Ved spørsmål om barnets faste bosted gjelder stort sett de samme regler i begge land - foreldrene har avtalefrihet i spørsmålet om barnets faste bosted. Bestemmelsesretten om barnets faste bosted er en del av foreldreansvaret. Men dersom foreldrene er uenige er norske domstolars adgang til å avgjøre spørsmål om deler av foreldreansvaret begrenset til bostedsspørsmålet.

Som nevnt tidligere kan også tyske foreldre uten del i foreldreansvaret kreve å få overført deler av foreldreansvaret, jf. BGB § 1672.³⁵⁸ Men adgangen begrenses gjennom regelen i BGB § 11 om at barnet bare kan bo hos foreldre som innehar foreldreansvar. Bestemmelsen finnes i BGBs alminnelige del. Slik jeg ser det strider bestemmelsene mot hverandre, da BGB § 1672 verken gjør unntak for bostedsspørsmålet eller forviser til BGB § 11. Det fremgår av prinsippet om *lex specialis* at BGB § 11 går foran BGB § 1672.

I Norge kan barnet heller ikke bo fast hos noen uten foreldreansvar. Men i motsetning til Tyskland er en slik begrensning i foreldrenes avtalefrihet ikke direkte lovregulert. Det fremgår imidlertid av foreldreansvarets innhold. Bestemmelsesretten for barnets faste bosted er en del av foreldreansvaret, da personer med foreldreansvaret har hovedomsorgen for barnet. Dersom vedkommende ikke har hovedomsorgen for barnet, kan han heller ikke ha barnet boende fast hos seg. Jeg synes at det kunne være en fordel dersom denne begrensningen også ble lovfestet i Norge, da også ikke-jurister bør ha mulighet til å finne frem til sine rettigheter.

I Tyskland avgjør familiedomstolen ikke selve bostedsspørsmålet, slik som norske domstoler. Familiedomstolen beslutter derimot hvem av foreldrene som skal ha avgjørelsesmyndighet over spørsmålet om barnets faste bosted etter å ha vurdert hvem som er best egnet til å ivareta denne delen av foreldreansvaret. Etter min mening vil det i

³⁵⁷ Se nærmere omtale av bostedsspørsmålet i kapittel 3-6.

³⁵⁸ Se nærmere omtale under punkt 7.1.4

praksis være liten forskjell. En forelder som familiedomstolen anser som bedre skikket til å bestemme i spørsmålet om barnets faste bosted, vil samtidig være bedre skikket til å barnet boende hos seg. Dessuten vil forelderen som får avgjørelsesmyndighet i bostedsspørsmålet vanligvis også ha barnet boende hos seg.

7.1.6 Samværsretten³⁵⁹

Tyske rettsregler om samvær mellom barnet og den samværsberettigede er nesten de samme som her hjemme. Det er først og fremst foreldrene som avtaler samværsordningen seg imellom. Bare når de ikke klarer å bli enige, kan de reise sak om spørsmålet.

I Norge forutsettes det at foreldrene er best egnet til å avgjøre barnets samvær med andre personer. Tyske foreldrenes bestemmelsesrett i forhold til hvem barnet skal omgås med begrenses noe mer. Familiedomstolene har altså en videre adgang til å fastsette samvær for andre enn barnets foreldre. I motsetning til Norge er samværsretten til eksempelvis besteforeldre eller steforeldre ikke betinget av at en av foreldrene dør. Familieretten må i likhet med norske domstoler vurdere om en samværsrett for andre personer enn barnets foreldre vil være til beste for barnet. Jeg mener det er bra at det er en videre adgang for å fastsette samværet mellom besteforeldre og barnet. For eksempel i de tilfeller hvor mor som har foreldreansvaret alene motsetter seg samværet mellom barnet og besteforeldrene på fars side, selv om barnet vil dette selv.

7.1.7 Barnets beste vurdering³⁶⁰

I Norge og Tyskland skal foreldrenes og domstolenes avgjørelser i spørsmål om barnefordelingen først og fremst rette seg etter barnets beste. For å avgjøre barnets beste må domstolene foreta en konkret helhetsvurdering i hver enkel sak, som innebærer at relevans, vurdering og vektlegging av de ulike momentene i vurderingen av barnets beste er meget skjønnsmessig. Det finnes likevel noen retningslinjer. Relevante momenter i barnets beste vurdering er blant annet hensynet til hovedomsorgspersonen under samlivet, risiko for miljøskifte og barnets følelsesmessige tilknytning.

Jeg har fått inntrykk av at domstolenes vektlegging av disse momentene, som for øvrig bør ses i sammenheng, er nokså likt mellom landene.

³⁵⁹ Se redegjørelsene i kapittel 3-6.

³⁶⁰ Se nærmere omtale av momentene i barnets beste vurdering i kapittel 4 punkt 4.3.3.1 og kapittel 6 punkt 6.3.2.2.

Dessuten må domstolene vurdere foreldrenes omsorgsevne som innebærer at retten bør ta foreldrenes personlige egenskaper i betraktning. For eksempel kan momenter som foreldrenes religion, kriminelt rulleblad og helsetilstand være av betydning.

Etter min mening vektlegges kulturelle forskjeller mellom foreldrene noe annerledes i Tyskland. Mens norske domstoler legger vekt på at barn skal få oppleve begge foreldres kultur, vurderer familiedomstolen derimot om vedkommende er skikket til å integrere barnet i det tyske samfunnet. Jeg synes det er uheldig, da kunnskapen om foreldrenes kultur er viktig for barnets selvbylde og identitetsutvikling. Slik jeg ser det overser familiedomstolene det faktum at barnet også kan lære samfunnets normer og spilleregler, selv om barnet ikke bor hos den tyske forelderen. For eksempel når barnet har kontakt med den samværsberettigede eller går på skolen.

Både i Norge og Tyskland tar domstolene i barnefordelingssaker utgangspunkt i sakens faktiske forhold og muligheter. Eksempelvis må det tas hensyn til den samværsberettigedes arbeidstid og barnets skoletid ved fastsettelsen av samværsordningen.

Dessuten har tyske og norske domstoler også mulighet til å ta andre relevante hensyn i betraktning. I Norge forstås ordlyden slik at det bare er mulig å legge vekt på andre hensyn dersom ingen av løsningene peker seg ut som den beste for barnet. I utgangspunktet gjelder tilsvarende for de tyske familiedomstolene, men det finnes unntak. I de tilfeller hvor foreldre med felles foreldreansvar kommer frem til at kun en av dem skal ha foreldreansvaret, er familiedomstolen bundet av deres forslag. Foreldrenes avtalefrihet begrenser domstolens avgjørelsesmyndighet, da familiedomstolen ikke foretar noen barnets beste vurdering, med mindre barnet etter fylte 14 år motsetter seg ordningen, se BGB § 1671, 2. ledd nr.1. Det innebærer at foreldrenes ønske er avgjørende, og i de tilfeller hvor det vil være bedre for barnet med fortsatt felles foreldreansvar går foreldrenes ønske foran barnets interesser.

Slik jeg ser det foreligger det motstrid mellom BGB § 1697a, som fastslår at rettsavgjørelser om barnefordeling skal rette seg etter barnets beste, og BGB § 1671, 2. ledd nr.1. Det er ut fra prinsippet om *lex specialis* at BGB § 1671, 2. ledd nr.1 går foran. Etter min mening bør familiedomstolen alltid foreta en vurdering av barnets beste, da rettsavgjørelsen er tvangskraftig. Det vil være svært uheldig å tvangsfullbyrde en avtale om foreldreansvaret som er ikke er til beste for barnet.

7.1.8 Rettskildesituasjonen i begge land

Avgjørelser i barnefordelingssaker står i en spesiell rettskildemessig stilling, fordi de er meget skjønnspreget og dermed lite forutsigbar. I motsetning til andre rettsområder baseres beslutninger om barnefordeling i stor grad på forutsigelser om fremtiden.

I Norge er det flere relevante rettskilder å forholde seg til. I forarbeidene angir lovgiveren bestemte hensyn som bør tas i betraktning og hvordan de skal vektlegges i forhold til hverandre. Momenter i vurderingen av barnets beste blir også kommentert og diskutert i norsk rettsteori. Derfor er juridisk teori en viktig rettskilde, om mulig viktigere her enn på andre rettsområder. Norsk rettspraksis derimot har nok mindre betydning her enn ellers, fordi barnefordelingen bestemmes ved hjelp av en rettslig standard. Hva som er til beste for barnet må avgjøres individuell og gjennom en helhetlig skjønnsvurdering. Derfor har rettsavgjørelsene meget begrenset prejudikatsverdi. Rettspraksis angir likevel enkelte retningslinjer og momenter i vurderingen av barnefordelingssaker.

Ut fra rettssikkerhetshensyn mener jeg at det er bra å ha retningslinjer for vurderingen av barnets beste, da avgjørelsen kan bli mer forutsigbar for den enkelte. Avgjørelsen kan kanskje oppfattes som vilkårlig uten noen retningslinjer fra lovgiveren og tidligere rettspraksis. Det kan imidlertid være fare for at domstolene generaliserer for mye. For eksempel dersom domstolen antar at samlet foreldrekontakt er det beste for barnet uten å vurdere konkret om så er tilfelle i den enkelte sak. Det var også Barnelovutvalgets begrunnelse for ikke å lovfeste innholdet i barnets beste prinsipp noe nærmere. Utvalgets oppfatning var at generelle regler om hva som er til barnets beste kunne ved ukritisk anvendelse medføre at avgjørelser, selv om de er til beste for barn som gruppe, er i strid med det som er til den enkeltes barns beste i denne konkrete saken.³⁶¹ I forbindelse med endringer i barneloven og bl § 48 begrunnes dagens lovteknikk med at den gjør det mulig for domstolene ”å vurdere hvordan man kan gjøre situasjonen best mulig for akkurat dette konkrete barnet i denne spesielle familien”, og at det derfor frarådes fra å lovfeste nærmere retningslinjer.³⁶² Jeg mener også at en lovfesting av momenter i vurderingen av barnets beste ikke kan være uttømmende. Derfor kan det tenkes at en slik lovfesting vil medføre at visse momenter tillegges uforholdsmessig stor vekt bare fordi de er nedfelt i lov. Mens andre og kanskje mer relevante momenter kan bli oversett eller nedprioritert i den konkrete saken, slik at man ikke får den ønskede totalvurderingen.

³⁶¹ Jf. NOU 1977:35 s.63

³⁶² Jf. Ot.prp. nr.103 (2004/2005) om lov om endringer i barnelova

I Tyskland derimot er situasjonen en annen. Forarbeidene er en mindre relevant rettskilde, da de ikke gir noen retningslinjer for hvilke hensyn som kan være relevante i vurderingen av barnets beste. Dessuten har rettsanvenderen mindre juridisk teori å forholde seg til. For eksempel er særlig momentene i barnets beste vurdering lite problematisert og diskutert. Grunnen til det er sannsynligvis at reformen først ble gjennomført for åtte år siden, 17 år etter at Norge fikk en ny barnelov. Tysk rettspraksis har i likhet med den norske lite prejudikatsverdi.

Slik jeg ser det er rettskildesituasjonen ganske fattig og ensidig, siden både juridisk teori og forarbeidene er mindre utfyllende og derfor mindre anvendelig som rettskilde. Det innebærer at familiedomstolene står meget fritt i sine vurderinger av barnets beste. Jeg synes at det kan være bra, fordi det er mindre rom for at familiedomstolene generaliserer. Jeg mener likevel at rettskildesituasjonen i Norge er bedre. I Tyskland er avgjørelser i barnefordelingssaker meget subjektive i den forstand at dommerens egne holdninger og verdivurderinger spiller en mye større rolle, noe som svekker foreldrenes rettssikkerhet. Selvsagt vil hele lovtolkningsprosessen alltid være preget av dommerens subjektive meninger. Men slik jeg ser det kan dommerens argumenter ble bedre belyst fra alle sider ved hjelp av enkelte retningslinjer i lovforarbeid og juridisk teori som er vel gjennomtenkt og begrunnet. Ut fra hensyn til foreldrenes rettssikkerhet kan det bidra til mer forutsigbarhet dersom man vet hvilke momenter som vanligvis anses for å være relevante. Det er fare for at en og samme sak kan få ulik utfall avhengig av hvor i landet foreldrene reiser saken. Problemet kan riktignok også opptre i Norge, men akkurat fordi den norske rettskildesituasjonen er mindre ensidig og mer utfyllende, mener jeg at sjansen er mindre for at slikt skjer.

8. Register

8.1 Lover

8.1.1 Norske Lover

bl – lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr.7

bvl – lov om barneverntjeneste av 17. juli 1992 nr.100

dl – lov om domstolene av 13. august 1915 nr.5

tvml – lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr.6

vgml – lov om vergemål for umyndige av 22. april 1927 nr.3

8.1.2 Tyske Lover

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Borgerlige Lovbok)

FGG – Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (lov om frivillig jurisdiksjon)

GG – Grundgesetz (Grunnlov)

ZPO – Zivilprozessordnung (lov om sivilprosessordning)

8.2 Forarbeider

8.2.1 Til norske lover

Innst.O.nr.30 (80/81) – Innstilling fra justiskomiteen om lov om barn og foreldre

Innst.O.nr.23 (88/89) – Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i barnelova

Innst.O.nr.100 (96/97) – Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i barnelova

Innst.O.nr.84 (2004/2005) - Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i barnelova (felles foreldreansvar for samboende foreldre)

NOU 1977:35 (Barnelovutvalget)

NOU 1998:17 Barnefordelingssaker – avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bosted

Ot.prp.nr.62 (79/80) – om lov om barn og foreldre

Ot.prp.nr.8 (86/87) – om lov om endring i barneloven § 30

Ot.prp. nr.56 (96/97) – om lov om endringer i barnelova

Ot.prp.nr.29 (2002/2003) – om lov om endringer i barneloven (nye saksbehandlingsreglene i barnefordelingssaker for domstolene mv.)

Ot.prp.nr.82 (2003/2004) - om lov om endringer i barneloven (felles foreldreansvar for samboende foreldre)

8.2.2 Til tyske lover

BT-Drs.13/4899 – Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG (regjeringsforslag til lovendring)

BT-Drs.7/2060

BT-Drs.8/2788

8.3 Domsregister

8.3.1 Norsk rettspraksis

Norsk Rettstidene

Rt.1960.883

Rt.1985.729

Rt.1964.315

Rt.1986.82

Rt.1968.709

Rt.1986.997

Rt.1973.1396

Rt.1989.148

Rt.1974.1339

Rt.1989.176 Kenyadommen

Rt.1976.546

Rt.1990.699

Rt.1982.116

Rt.1993.434

Rt.1982.1200

Rt.1993.998

Rt.1982.1335

Rt.1993.1165

Rt.1983.266

Rt.1994.1170

Rt.1983.117	Rt.1995.946
Rt.1983.251 Pakistandommen	Rt.1996.420
Rt.1983.359	Rt.1996.888
Rt.1984.268	Rt.1997.797
Rt.1984.728	Rt.2000.185
Rt.1985.179	Rt.2003.35
Rt.1985.467	Rt.2004.47
Rt.1985.707	

Rettens Gang

RG.1987.984

8.3.2 Tysk rettspraksis

Bundesverfassungsgericht (forfatningsdomstolen)

BVerfG, FamRZ 1989, 769

BVerfG, 1BvR 1140/03

Bundesgerichtshof

BGH, FamRZ 1999, 1646

BGH, DAVorm 2000, 704

Oberlandesgericht

BayObLG, FamRZ 1999, 318

OLG, Bamberg FamRZ 1991, 1341

OLG, Bamberg ZfJ 1996, 194

OLG, Bamberg FamRZ 1998, 969

OLG, Brandenburg ZfJ 1999, 28

OLG, Brandenburg FamRZ 2001, 1021

OLG, Brandenburg (9 UF 129/02)

OLG, Brandenburg FamRZ 2002, 414

OLG, Braunschweig FamRZ 1999, 185

OLG, Celle FamRZ 1992, 465

OLG, Dresden (27.02.2002 – UF 743/01)
OLG Dresden FamRZ 2003, 397
OLG Dresden FamRZ 2000, 109
OLG Düsseldorf ZfJ 1999, 111
OLG, Düsseldorf FamRZ 1999, 1157.
OLG, Frankfurt FamRZ 1990, 550
OLG, Frankfurt FamRZ 1994, 920
OLG, Hamm FamRZ 1997, 957
OLG, Hamm FamRZ 1999, 1597
OLG, Hamm FamRZ 2000, 501
OLG, Hamm FamRZ 2000, 502
OLG Karlsruhe FamRZ 1990, 801
OLG, Karlsruhe FamRZ 1990, 901
OLG, Karlsruhe FamRZ 1996, 424
OLG, München FamRZ 1997, 45
OLG, Karlsruhe FamRZ 2001, 1636
OLG, Karlsruhe FamRZ 2002, 1728
OLG, Köln FamRZ 2003, 1036
OLG, München FamRZ 1991, 1343
OLG, München FamRZ 1997, 45
OLG, München FamRZ 2002, 189 flg.
OLG, Nürnberg FamRZ 1999, 614
OLG, Nürnberg FamRZ 1999, 1160
OLG, Oldenburg FamRZ 2001, 1164
OLG, Rostock DAVorm 1995, 1150
OLG, Schleswig FamRZ 2001, 1164
OLG, Stuttgart NJW 1998, 2620
OLG, Zweibrücken EzFamR aktuell 2000, 378
OLG, Zweibrücken FamRZ 2001, 184

Amtsgericht

AG Eschwege FamRZ 2001, 1162
AG Kerpen FamRZ 1998, 254

8.4 Litteraturliste

8.4.1 Om norsk barnerett

Haugli, Trude (1993), Allmennprevensjon som argument for overføring av foreldreansvar?, i Jussens Venner 1993 s.180

Haugli, Trude (1993), Samværsrett – samværsplikt?, i Retfærd nr. 60, 1993

Haugli, Trude (1999), Foreldreansvaret ved sabotasje av samværsretten, i Lov og Rett 1999 s.299

Koch, Katrin (2000), Når mor og far møtes i retten – barnefordeling og samvær, NOVA rapport 13/00

Lødrup, Peter (1997), Familieretten §§ 29 og 30 s.283-295, © Peter Lødrup

Sandberg, Kirsten (1990), Barnets beste – om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet, Ad Notam forlag AS

Sandberg, Kirsten (2006), Norsk Lovkommentar til barneloven, Gyldendal Akademisk

Skjørten, Kristin (2005), Samlivsbrudd og Barnefordeling, Gyldendal Akademisk

Smith, Lucy (1991), Barn, foreldre og menneskerettigheter, i Jussens Venner 1991 s.1

Smith, Lucy og Lødrup, Peter (2004), Barn og Foreldre, Gyldendal Akademisk

Statistisk Sentralbyrå (2005), Når mor og far bor hver for seg – Ansvar og omsorg for barna før og etter bidragsreformen, Rapport 2005/22

Statistisk Sentralbyrå (2004), Foreldreskap på tvers av hushold – Ansvar og omsorg for barn blant foreldre som ikke bor sammen, Rapport 2004/15

8.4.2 Om tysk Kindschaftsrecht

Beck'sche Kommentare zum BGB, KG Beck 2006

Niederle, Jan (2005), Einführung in das Familienrecht, Jan Niederle Media

Oelkers, Harald (2004), Sorge- und Umgangsrecht, Deutscher Anwalt Verlag

Balloff, Rainer (2004), Kinder vor dem Familiengericht, Ernst Reinhardt Verlag

Kaufmann und Ziegler (2002), Kindeswohl – Le bien de l'enfant, Verlag Rüegger

Fegert, Jörg (1999), Kinder in Scheidungsverfahren nach der Kindschaftsreform, Hermann Luchterhand Verlag

Mühlens / Kirchmeier / Gressmann und Kittel (1999), Kindschaftsrecht – Kommentierende Darstellung der Familienrechtsreform, Bundesanzeiger Verlag

Coester, Michael (1983), Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, Metzner Verlag

Larenz und Canaris (1995), Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer Verlag

Schapp, Jan (1998), Methodenlehre des Zivilrechts, Mohr Siebeck Verlag

8.5 Internetthenvisinger

<http://statbank.ssb.no/statistikbanken/> - Statistisk Sentralbyrå

www.odin.no

www.destatis.de/ - Statistische Bundesamt

www.bpb.de – Bundeszentrale für politische Bildung

www.bmj.bund.de – Bundesministerium der Justiz

www.bundesgerichtshof.de

www.bundesverfassungsgericht.de

www.bundestag.de

9. Vedlegg

Vedlegg 1

Levendefødte, etter samlivsstatus, tid og statistikkvariabel

	2002	2003	2004	2005
	Levendefødte	Levendefødte	Levendefødte	Levendefødte
Gift	27 313	27 943	27 326	27 034
Samboer	23 393	22 641	23 690	23 832
Enslig	4 728	5 874	5 935	5 890

Kilde: 2006 © Statistisk Sentralbyrå på <http://statbank.ssb.no/statistikkbanken/>

Vedlegg 2

Lebendgeborene ehelich zusammen

Länder	2001	2002	2003	2004	2005
Baden-Württemberg	84 483	82 075	79 881	78 626	76 047
Bayern	93 456	90 762	88 283	87 204	83 163
Berlin	16 695	16 451	16 180	16 365	15 697
Brandenburg	8 179	7 968	7 777	7 750	7 282
Bremen	4 076	3 774	3 795	3 706	3 617
Hamburg	11 193	11 041	11 110	11 250	10 990
Hessen	45 556	44 475	43 576	43 184	41 782
Mecklenburg-Vorpommern	5 498	5 012	5 009	4 967	4 515
Niedersachsen	59 137	56 554	53 969	52 999	49 590
Nordrhein-Westfalen	135 957	130 951	127 258	124 142	118 503
Rheinland-Pfalz	29 371	28 054	27 198	26 554	25 265
Saarland	6 407	6 078	5 816	5 704	5 629
Sachsen	15 478	14 738	14 386	14 563	13 926
Sachsen-Anhalt	7 904	7 421	6 757	6 955	6 482
Schleswig-Holstein	18 935	18 056	17 443	17 011	16 170
Thüringen	8 334	7 879	7 642	7 513	7 015
<i>Deutschland</i>	550 659	531 289	516 080	508 493	485 673

Kilde: 2006 © Statistisches Bundesamt

Vedlegg 3

Lebendgeborene nichtehelich zusammen

Länder	2001	2002	2003	2004	2005
Baden-Württemberg	16 883	17 529	17 715	18 029	18 232
Bayern	22 508	23 056	23 253	23 960	24 145
Berlin	11 929	12 350	12 543	13 081	13 279
Brandenburg	9 513	9 736	10 193	10 398	10 628
Bremen	1 755	1 710	1 782	1 736	1 872
Hamburg	4 593	4 666	4 806	4 853	5 189
Hessen	10 672	10 849	10 824	11 148	11 587
Mecklenburg-Vorpommern	7 470	7 492	7 773	8 078	7 842
Niedersachsen	16 102	16 639	16 594	17 372	17 403
Nordrhein-Westfalen	31 795	32 483	32 625	33 912	34 869
Rheinland-Pfalz	6 410	6 687	6 885	6 867	7 327
Saarland	1 789	1 801	1 782	1 956	1 855
Sachsen	16 465	16 780	17 693	18 481	18 655
Sachsen-Anhalt	10 169	10 196	10 132	10 382	10 684
Schleswig-Holstein	6 746	6 859	6 772	7 079	6 857
Thüringen	9 017	9 128	9 269	9 797	9 698
<i>Deutschland</i>	183 816	187 961	190 641	197 129	200 122

Kilde: 2006 © Statistisches Bundesamt

Vedlegg 4

Lebendgeborene insgesamt

Länder	2001	2002	2003	2004	2005
Baden-Württemberg	101 366	99 604	97 596	96 655	94 279
Bayern	115 964	113 818	111 536	111 164	107 308
Berlin	28 624	28 801	28 723	29 446	28 976
Brandenburg	17 692	17 704	17 970	18 148	17 910
Bremen	5 831	5 484	5 577	5 442	5 489
Hamburg	15 786	15 707	15 916	16 103	16 179
Hessen	56 228	55 324	54 400	54 332	53 369
Mecklenburg-Vorpommern	12 968	12 504	12 782	13 045	12 357
Niedersachsen	75 239	73 193	70 563	70 371	66 993
Nordrhein-Westfalen	167 752	163 434	159 883	158 054	153 372
Rheinland-Pfalz	35 781	34 741	34 083	33 421	32 592
Saarland	8 196	7 879	7 598	7 660	7 484
Sachsen	31 943	31 518	32 079	33 044	32 581
Sachsen-Anhalt	18 073	17 617	16 889	17 337	17 166
Schleswig-Holstein	25 681	24 915	24 215	24 090	23 027
Thüringen	17 351	17 007	16 911	17 310	16 713
<i>Deutschland</i>	<i>734 475</i>	<i>719 250</i>	<i>706 721</i>	<i>705 622</i>	<i>685 795</i>

Kilde: 2006 © Statistisches Bundesamt

Vedlegg 5

Tabelle Fr_2.1: Frauen im Alter von 15 bis unter 65 Jahren mit Kindern nach Alter des jüngsten Kindes und Vollzeit-/Teilzeittätigkeit					
Alter des jüngsten Kindes	Insgesamt 1 000	zusammen	Erwerbstätige dar.: aktiv Erwerbstätige		
			zusammen	Vollzeittätige	Teilzeittätige
Jahr 2005					
Deutschland					
Zusammen	11 716	63,4	61,6	23,6	37,9
mit Kindern unter 18 Jahren	8 741	61,7	59,6	19,9	39,7
jüngstes Kind unter 3 Jahren	1 870	37,1	32,5	12,1	20,5
jüngstes Kind 3 bis unter 6 Jahre	1 502	57,2	55,6	15,3	40,3
jüngstes Kind 6 bis unter 10 Jahre	1 806	66,6	65,3	17,0	48,3
jüngstes Kind 10 bis unter 15 Jahre	2 085	72,5	71,1	22,4	48,7
jüngstes Kind 15 bis unter 18 Jahre	1 478	76,0	74,7	34,6	40,1
nur mit Kindern 18 Jahre und älter	2 975	68,5	67,3	34,5	32,9
Früheres Bundesgebiet ohne Berlin					
Zusammen	9 358	62,2	60,2	18,7	41,5
mit Kindern unter 18 Jahren	7 118	60,7	58,5	15,5	42,9
jüngstes Kind unter 3 Jahren	1 524	35,6	30,6	9,7	20,9
jüngstes Kind 3 bis unter 6 Jahre	1 232	55,5	53,7	11,1	42,6
jüngstes Kind 6 bis unter 10 Jahre	1 521	66,0	64,7	12,9	51,7
jüngstes Kind 10 bis unter 15 Jahre	1 761	72,5	71,0	18,6	52,4
jüngstes Kind 15 bis unter 18 Jahre	1 081	75,2	73,9	27,3	46,5
nur mit Kindern 18 Jahre und älter	2 240	66,9	65,6	28,6	37,0
Neue Länder einschl. Berlin					
Zusammen	2 358	68,3	67,1	43,4	23,7
mit Kindern unter 18 Jahren	1 623	66,0	64,6	39,3	25,3
jüngstes Kind unter 3 Jahren	346	43,7	40,9	22,5	18,4
jüngstes Kind 3 bis unter 6 Jahre	270	65,1	64,0	34,5	29,5
jüngstes Kind 6 bis unter 10 Jahre	285	69,5	68,6	38,8	29,8
jüngstes Kind 10 bis unter 15 Jahre	325	72,4	71,6	43,0	28,6
jüngstes Kind 15 bis unter 18 Jahre	397	78,2	77,1	54,6	22,4
nur mit Kindern 18 Jahre und älter	735	73,5	72,6	52,2	20,3

Kilde: 2006 © Statistisches Bundesamt